

المعجم

تأليف
الشيخ الإمام العلامة ابن قدامة
المتوفى سنة ٦٣٠ هـ
وتأليفه

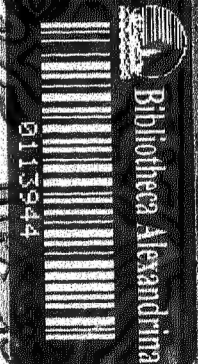
الشرح الكبير

تأليف
الشيخ الإمام ابن قدامة المقدسي
المتوفى سنة ٦٨٢ هـ

لجزء الثاني عشر

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

المعجم
الشرح الكبير



المغنى

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة التوفى سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحرقى التوفى سنة ٣٣٤ هـ
ويليه

الشرح الكبير

على متن المغنى ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسي التوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد
ابن حنبل الشيباني) مع بيان بخلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثاني عشر

(وبه تم الكتاب)

﴿ تلييه ﴾ وضما كتاب المغنى في أعلى الصفحات والشرح الكبير في أدناها مفصلا بينهما بخط عرضي

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشهادات

والاصل في الشهادات الكتاب والسنة والاجماع والعبرة . اما الكتاب قول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وقال تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم - وأشهدوا اذا تبايعتم)

وأما السنة فما روى وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة الى النبي ﷺ فقال الحضرمي يا رسول الله إن هذا غلبي على أرض لي فقال الكندي هي أرضي وفي يدي فليس له فيها حق ، فقال النبي ﷺ للحضرمي « ألك بينة ؟ » قال لا ، قال « فلك يمينه » قال يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء قال « ليس لك منه الا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشهادات

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء - وقال سبحانه - وأشهدوا ذوي عدل منكم - وقال جل وعز - وأشهدوا اذا تبايعتم) وأما السنة فروى وائل بن حجر رضي الله عنه قال جاء رجل من حضر موت ورجل من كندة الى النبي ﷺ فقال الحضرمي يا رسول الله إن هذا غلبي على أرض لي فقال الكندي هي أرضي وفي يدي فليس له فيها حق فقال النبي ﷺ للحضرمي « ألك بينة ؟ » فقال لا قال - فلك يمينه » قال يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء قال « ليس لك منه إلا ذلك » قال فانطلق الرجل ليحلف له فقال النبي ﷺ « لان حلف على ماله ليا كله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وروى محمد بن عبد الله العزمي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان

ذلك « قال فانطلق الرجل ليحلف له فقال رسول الله ﷺ لما أدبر « لئن حلف على ماله ليأكله ظمًا ليلقين الله تعالى وهو عنه معرض » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح
وروى محمد بن عبد الله المزري عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » قال الترمذي هذا حديث في أسناده مقال والمزري يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره إلا أن أهل العلم أجمعوا على هذا قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ولأن الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التجاهد بين الناس فوجب الرجوع إليها ، قال شرح القضاء جرحه عنك بمودين يعني الشاهدين وإنما الخصم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء
(فصل) وتحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية لقول الله تعالى (ولا ياب الشهداء إذا مادعوا) وقال تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتتمها فإنه آثم قلبه) وإنما خص القلب بالآثم لانه موضع العلم بها ولأن الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الامانات
إذا ثبت هذا فإن دعي إلى تحمل شهادة في نكاح أو دين أو غيره لزمته الاجابة وإن كانت عنده شهادة فدعي إلى أدائها لزمه ذلك فإن قام بالفرض في التحمل أو الاداء اثنان سقط عن الجميع وإن امتنع الكل أئموا وإنما يأثم الممتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع ، فإن كان عليه ضرر

النبي ﷺ قال « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » قال الترمذي هذا حديث في أسناده مقال والمزري يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره إلا أن أهل العلم أجمعوا على هذا قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم ولأن العبرة تقتضي مشروعية الشهادة فإن الحاجة داعية إليها لحصول التجاهد بين الناس فوجب الرجوع إليها قال شرح القضاء جرحه عنك بمودين يعني الشاهدين وإنما الخصم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء ، واشتقاق الشهادة من المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما شاهده، وقيل لأن الشاهد يخبره ويجعل الحاكم كالشاهد للشهود عليه وتسمى بينة لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق في المختلف فيه
﴿مسئلة﴾ (تحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية إذا قام بها من يكفي سقطت عن

الباقين وإن لم يقم بها أحد تعينت على من وجد

لقول الله تعالى (ولا ياب الشهداء إذا مادعوا) وقال - ولا تكتموا الشهادة ومن يكتتمها فإنه آثم قلبه (وإنما خص القلب بالآثم لانه موضع العلم بها ولأن الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الامانات
وقال الله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها) إذا ثبت هذا فإذا دعي إلى تحمل شهادة في نكاح أو دين أو عدة لزمته الاجابة قال الله تعالى (يأبى الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله) فإن قام بالفرض في التحمل والاداء اثنان سقط عن الجميع، وإن امتنع الكل أئموا، وإنما يأثم

في التحمل أو الاداء أو كان ممن لا تقبل شهادته أو يحتاج إلى التبذل في التزكية ونحوها لم يلزمه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وقول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» ولأنه لا يلزمه أن يضر بنفسه لنفع غيره، وإذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه وهل يأثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه؟ فيه وجهان.

(أحدهما) يأثم لأنه قد تعين بدعائه ولأنه منهي عن الامتناع بقوله (ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا) (والثاني) لا يأثم لأن غيره يقوم مقامه فلم يتعين في حقه كما لو لم يدع إليها، فأما قول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) فقد قرئ بالفتح والرفع فنرفع فهو خبر معناه النهي ويحتمل معنيين (أحدهما) أن يكون الكاتب فاعلاً أي لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بأن لا يجيب أو يكتب ما لم يستكتب أو يشهد ما لم يستشهد به.

(والثاني) أن يكون يضار فعل ما لم يسم فاعله فيكون معناه ومعنى الفتح واحداً أي لا يضر الكاتب والشهيد بأن يقطعهما عن شغلهاما بالكتابة والشهادة ويمنعما حاجتهما.

واشتقاق الشهادة من المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما يشاهده، وقيل لأن الشاهد يخبره جمل الحاكم كالشاهد للشهود عليه وتسمى بينة لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه.

المتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع، فإن كان عليه ضرر في التحمل أو الاداء أو كان ممن لا تقبل شهادته أو يحتاج إلى التبذل في التزكية لم تلزمه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وقول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» وإنه لا يلزمه أن يضر نفسه لنفع غيره وإذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه وهل يأثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه؟ فيه وجهان (أحدهما) يأثم لأنه قد تعين بدعائه ولأنه منهي عن الامتناع بقوله تعالى (ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا) (والثاني) لا يأثم لأن غيره يقوم مقامه فلم يتعين في حقه كما لو لم يدع إليها فأما قول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) فقد قرئ بالفتح والرفع فنرفع فهو خبر معناه النهي ويحتمل معنيين (أحدهما) أن يكون الكاتب فاعلاً أي لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بالاجيب أو يكتب ما لم يستكتب أو يشهد بما لم يستشهد (والثاني) أن يكون يضار فعل ما لم يسم فاعله فيكون معناه ومعنى الفتح واحداً أي لا يضر الكاتب والشهيد بقطعهما عن شغلهاما بالكتابة والشهادة ويمنعما حاجتهما.

❖ مسألة ❖ (قال الحرقي ومن لزمته الشهادة فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد لا يسمه التخلف عن أقامتها وهو قادر على ذلك)

قد ذكرنا أن الشهادة من فروض الكفايات فإن تعينت عليه بأن لا يتحملها من يكفي فيها سواء لزمه القيام بها، وإن قام بها من يكفي غيره سقط عنه أدائها إذا قبلها الحاكم فإن كان تحملها

(مسئلة) قال (ولا يقبل في الزنا الا اربعة رجال عدول احرار مسلمين)

أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه (ولولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم ياتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) في أي سواها وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «أربعة وإلا حد في ظهرك» في أخبار سوى هذا واجمعوا على أنه يشترط كونهم مسلمين عدولا ظاهرا وباطنا وسواء كان الشهود عليه مسلما أو ذميا وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالا أحرارا فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وشذ أبو ثور فقال تقبل فيه شهادة العبيد

وحكي عن عطاء وحماذ أنهما قالوا: تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لأنه تعالى واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالأموال

ولنا ظاهر الآية وإن العبد مختلف في شهادته في المال فكان ذلك شبهة في الحد لأنه بالشبهات يندري ولا يصح قياس هذا على الأموال لخفة حكمها وشدة الحاجة إلى إثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط في حفظها ولهذا زيد في عدد شهود الزنا على شهود المال

(فصل) وفي الإقرار بالزنا زوايتان ذكرهما أبو بكر وللشافعي فيه قولان (أحدهما) ثبت بشاهدين قياسا على سائر الأقارب (والثاني) لا يثبت إلا بأربعة لأنه موجب لحد الزنا شبه فعله

جاءة فأداؤها واجب على الكل إذا امتنعوا أثموا كلهم كسائر فروض الكفايات ودليل وجوبها قول الله تعالى (ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا - وقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط - وفي آية أخرى - كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين) ولأن الشهادة أمانة فلزمه أداؤها كالوديعة

(مسئلة) (ولا يجوز لمن تعينت عليه أخذ الاجرة عاينها ولا يجوز ذلك لمن لم تتعين عليه في أصح الوجهين)

من له كفاية فليس له أخذ الجمل على الشهادة لأنها أداء فرض فإن فرض الكفاية إذا قام به البعض وقع منهم فرضا، وإن لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له أخذ الجمل لأن النفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية، فإذا أخذ الرزق جمع بين الأمرين فإن تعينت عليه الشهادة احتل ذلك أيضا واحتمل ألا يجوز لثلاث يأخذ العوض عن أداء فروض الأعيان وقال أصحاب الشافعي لا يجوز أخذ الاجرة لمن تعينت عليه وهل يجوز لغيره؟ على وجهين

(مسئلة) (ومن كانت عنده شهادة في حد لله تعالى أيسح إقامتها ولم يستحب وللحاكم أن يعرض له بالوقوف عنها في أحد الوجهين)

(مسئلة) قال (ولا يقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال. اقل من رجلين)

وهذا القسم نوعان (أحدهما) المقويات وهي الحدود والقصاص فلا يقبل فيه الا شهادة رجلين إلا ما روي عن عطاء وحدها أنهما قالا يقبل فيه رجل وامرأتان قياساً على الشهادة في الاموال

ولنا ان هذا مما يحتاج لدركه واسقاطه ولهذا يندري بالشبهات ولا تدعو الحاجة الى اثباته وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (ان تفضل إحداها فتذكر إحداها الاخرى) وأنه لا تقبل شهادتهن وان كثرن ما لم يكن معهن رجل فوجب ان لا تقبل شهادتهن فيه ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق وبهذا الذي ذكرنا قال سعيد بن المسيب والشمي والنخعي وحادوا الزهري وربيعة ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي واتفق هؤلاء وغيرهم على أنها ثبتت بشهادة رجلين ما خلا الزنا الا الحسن فانه قال الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا لانه يتأق به اتلاف النفس فاشبه الزنا

ولنا أنه أحد نوعي القصاص فاشبه القصاص في الطرف وما ذكره من الوصف لا أثر له فان الزنا الموجب للحد لا يثبت الا باربعة ولان حد الزنا حقه تعالى يقبل الرجوع عن الاقرار به . ويعتبر

يجوز للشاهد اقامة الشهادة في حدود الله تعالى من غير تقدم دعوى لان ابا بكره واصحابه شهدوا على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر من غير تقدم دعوى فاجيزت شهادتهم . ولا يستحب ادائها لقول رسول الله ﷺ « من ستر عورة ستره الله في الدنيا والآخرة » ولحاكم ان يعرض للشاهد بالوقوف عن الشهادة في اظهر الروايتين لما روى صالح في مسأله عن أبي عثمان النهدي قال جاء رجل الى عمر فشهد على المغيرة بن شعبه فتغير لون عمر ثم جاء آخر فشهد فاستنكر ذلك ثم جاء شاب يخطر بيديه فقال عمر ماعندك ياسلح العقاب ؟ وصاح به عمر صيحة فقال أبو عثمان والله لقد كدت ان يفشى علي فقال يا أمير المؤمنين رأيت امرأة قبيحاً فقال الحمد لله الذي لم يشمت الشيطان باصحاب محمد فأمر بالولئك النفر فجلدوا وفي رواية أنه لما شهد عنده على المغيرة شهد ثلاثة وبقي واحد فقال عمر أرى شاباً حسناً وأرجو ان لا يفضح الله على لسانه رجلاً من أصحاب محمد ﷺ وهذا تعريض ظاهر

(مسئلة) (ومن كانت عنده شهادة لا دمي يعلمها لم يقمها حتى يسأله فان لم يعلمها استحب له إعلامه بها وله اقامتها قبل ذلك)

اذا كان الشهود له يعلم له شهادة عند انسان لم يقمها الشاهد حتى يسأله صاحبها لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم يندرون ولا يوفون ويشهدون »

في شهاداء هذا النوع من الحرية والذكورية والإسلام والعدالة ما يعتبر في شهاداء الزنا على ما سئل ذكره
(الثاني) ما ليس بمقبولة كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والإيلاء والظهار والنسب والتوكيل
والوصية اليه والولاء والكتابة واشباه هذا فقال القاضي المولى عليه في المذهب ان هذا لا يثبت الا
بشاهدين ذكرين ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال، وقد نص أحمد في رواية الجماعة على انه لا يجوز
شهادة النساء في النكاح والطلاق وقد نقل عن أحمد في الوكالة ان كانت بمطالبة دين يعني تقبل
فيه شهادة رجل وامرأتين فاما غير ذلك فلا . ووجه ذلك ان الوكالة في اقتضاء الدين يقصد منها
المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحوالة، قال القاضي فيخرج من هذا ان النكاح ومخوقه
من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة وماعداه يخرج على روايتين، وقال أبو الخطاب
يخرج في النكاح والعتاق أيضاً روايتان (إحداهما) لا تقبل فيه الا شهادة رجلين وهو قول النخعي
والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق
(واثنائية) تقبل فيه شهادة رجلين وامرأتين روي ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشعبي
والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك في النكاح عن عطاء واحتجوا بانها لا يستقطب المشبهة
فيثبت برجل وامرأتين كالمال

ولما أنه ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل

ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤتمنون » رواه البخاري فان كان لا يعلمها استجب له إعلام صاحبها
بها كالوديمة وله ادائها قبل اعلامه لقول النبي ﷺ « الا انبئكم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته
قبل ان يسألها » رواه أبو داود فيتمين حمل الحديث على هذه الصورة جمعاً بين الخبرين
(مسألة) (ولا يجوز أن يشهد إلا بما يعلمه برؤية أو سماع)

وجملة ذلك ان الشهادة لا تجوز إلا بما يعلمه بدليل قول الله تعالى (إلا من شهد بالحق وهم
يعلمون) وقوله تعالى (ولا تقف مالميس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه
مسئولاً) وتخصيص هذه الثلاثة بالسؤال لان العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر لان مدرك
الشهادة الرؤية والسمع وهما بالبصر

وقد روي عن ابن عباس انه قال سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة قال « هل ترى الشمن ؟ »
قال نعم قل « على مثاها فاشهد او دع » رواه الخلال بإسناده في جامعه . اذا ثبت هذا فان مدرك العلم
كالشم والذوق واللمس لا حاجة اليها في الشهادة في الاغلب

(مسألة) (والرؤية تختص بالافعال كالقتل والنصب والسرقة وشرب الخمر والرضاع والولادة وغيرها)

فهذا لا يتحمل الشهادة إلا بالرؤية لانه تمكن الشهادة عليه قطعاً ومن ذلك الصفات الرئيسة
في المبيع ونحوها فلا يرجع إلى غير ذلك

كالحدود والقصاص وما ذكره لا يضح فان الشبهة لا مدخل لها في النكاح وان تصور بان تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح

(فصل) وقد نقل عن احمد رضي الله عنه في الاعسار ما يدل على أنه لا يثبت الا بثلاثة لحديث قبيصة بن الحارث « حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجا من قومه لقد أصابت فلانا فاقة » قال احمد هكذا جاء الحديث فظاهر هذا أنه أخذ به ، وروي عنه أنه لا يقبل قوله إنه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل فظاهر هذا أنه يقبل في الوصية شهادة رجل واحد وقال في الرجل يوصي ولا يحضره الا النساء قال أجز شهادة النساء فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد إذا لم يحضره الرجال . قال القاضي : والمذهب أن هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين وحديث قبيصة في حل المسئلة لا في الاعسار .

(فصل) ولا يثبت شيء من هذين النوعين بشاهد وعين المدعي لانه اذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين لان لا يثبت بشهادة واحد وعين أولى قل أحد ومالك في شاهد والعين : إنما يكون ذلك في الاموال خصة لا يقع في حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عتاقة ولا سرقة ولا قتل وقد قل الحارثي إذا ادعى العبد أن سيده أعنته وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً ونص عليه احمد وقال في شريكين في عبد ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعنته حقه منه وكانا معسرين

﴿مسئلة﴾ (والجامع على ضربين سماع من الشهود عليه نحو الاقرار والعقود والطلاق) ونحو ذلك فيحتاج أن يسمع كلام المتعاقدين يقيناً ولا تعتبر رؤية المتعاقدين اذا عرفها وتيقن انه كلامها وبهذا قل ابن عباس والزهري وربيعة والليث وشريح وعطاء وابن أبي ليلى ومالك ، وذهب ابو حنيفة والشافعي إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد التماثل الشهود عليه لان الاصوات تشبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط

ولنا انه عرف الشهود عليه يقيناً فجازت شهادته عليه كالوراء وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور ، وانما تجوز الشهادة لمن عرف الشهود عليه يقيناً ، وقد يحصل العلم بالسماع يقيناً وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ولهذا قبلت رواية الاعى ورواية من روى عن أزواج رسول الله ﷺ من غير محارمن

(فصل) إذا عرف الشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهد عليه حاضر أو غائباً ، وان لم يعرف ذلك لم يجوز أن يشهد عليه مع غيبته وجاز أن يشهد عليه حاضر بمعرفة عينه نصر عليه احمد قل منها سأت احمد عن رجل يشهد لرجل بحق له على آخر وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا الا أنه يشهد له فقال اذ قل اشهد ان لهذا على هذا وهما شاهدان جميعاً فلا بأس وإذا كان غائباً فلا يشهد حتى يعرف اسمه ، والمراد كالرجل في انه اذا عرف اسمها جاز أن يشهد عليها مع غيبته وان لم يعرفها

عدلين فلا عبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً فيخرج مثل هذا في الكتابة والولاء والوصية والوديعة والوكالة فيكون في الجميع روايتان ما خلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه فانها لا تثبت بشاهد ويمين قولاً واحداً ، قال القاضي الممول عليه في جميع ما ذكرناه أنه لا يثبت الا بشاهدين وهو قول الشافعي وروى الدارقطني بإسناده عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « استشرت جبريل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار علي في الاموال لا تعد ذلك » وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قضى بالشاهد واليمين قال نعم في الاموال ، وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره رواه الامام احمد وغيره بإسنادهم

(مسئلة) قل (ولا يقبل في الاموال أقل من رجل وامرأتين ورجل عدل مع

يمين الطالب)

وجملة ذلك أن المال كالقرض والنصب والديون كلها وما يقصد به المال كالبيع والوقف والاجارة والهبة والصلح والساقاة والمضاربة والشركة والوصية له والجناية للوجبة للمال كجناية الخطأ وعند الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة ومادون الموضحة من الشجاج تثبت بشهادة رجل وامرأتين ، وقال أبو بكر لا تثبت الجناية في البدن بشهادة رجل وامرأتين لانها جناية فأشبهت ما يوجب القصاص والاول أصح لان موجبها المال فأشبهت البيع وفارق ما يوجب القصاص لان القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء وكذلك ما يوجبها والمال يثبت بشهادة النساء وكذلك ما يوجبها

لم يشهد عليها إلا في حال حضورها ، قال احمد في رواية الجماعة لا تشهد الا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها ، وإن كانت ممن عرف اسمها ودعيت وذبحت وجاءت فليشهد والا فلا يشهد ، فاما ان لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها ويجوز أن يشهد على عينها اذا عرف عينها ونظر إلى وجهها . قل احمد لا تشهد على امرأة حتى تنظر إلى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فاما من يتيقن معرفتها ويعرف صوتها يقيناً فيجوز أن يشهد عليها إذا يتيقن صوتها على ما قدمناه في المسئلة قبلها فان لم يعرف المشهود عليه فرفه عنده من يعرفه فروي عن احمد انه قال لا يشهد على شهادة غيره الا بمعرفته لها ، وقال لا يجوز للرجل أن يقول للرجل اشهدان هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره

وقال القاضي يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجوز الشهادة بالاستغاضة وظاهر قوله المنع منه ، وقال احمد لا تشهد على امرأة الا باذن زوجها وهذا يحتمل أنه لا يدخل عليها بيتها إلا باذن زوجها لما روى عمرو بن العاص ، قل نهى رسول الله ﷺ أن يستأذن على النساء الا باذن أزواجهن رواه احمد في مسنده فاما الشهادة عاينها في غير بيتها فجاز لان اقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح فجاز أن يشهد عليها به

ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه بقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين - إلى قوله - واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وأجمع أهل العلم على القول به وقد ذكرنا خبر أبي هريرة وابن عباس فيه

(فصل) وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ودين روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وإياس وعبد الله بن عتبة وأبي سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأبي الزناد والشافعي وقال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والأوزاعي لا يقضى بشاهد ودين وقال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لأن الله تعالى قال (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ ولأن النبي ﷺ قال «الينة على المدعي واليمين على من أنكر» فحصر اليمين في جانب المدعي عليه كما حصر الينة في جانب المدعي

ولنا ما روى سهيل عن أبيه عن أبي هريرة قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد رواه سعيد بن منصور في سننه والأئمة من أهل السنن والمسانيد قال الترمذي هذا حديث حسن غريب

(فصل) إذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر الشهادة فهل يجوز أن يشهد بذلك؟ على روايتين (أحدهما) لا يجوز، قال أحمد في رواية حرب فيمن يري خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة: لا يشهد إلا بما يعلم، وقال في رواية يشهد إذا عرف خطه وكيف تكون الشهادة إلا هكذا؟ وقال في موضع آخر إذا عرف خطه ولم يحفظ فلا يشهد إلا أن يكون منسوخاً عنده موضوعاً تحت ختمه وحرزه فيشهد وإن لم يحفظ، وقال أيضاً إذا كان رديء الحفظ يشهد ويكتبها عنده وهذه رواية ثالثة وهو أن يشهد إذا كانت مكتوبة عنده بخطه في حرره ولا يشهد إذا لم تكن كذلك بمنزلة القاضي في إحدى الروايتين إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولا يمضيه إذا لم يكن كذلك

﴿مسئلة﴾ (الضرب الثاني) سماع من جهة الاستفاضة فيما يمتدع علمه في الغالب إلا بذلك كالنسب والموت والملك والنكاح والخلع والوقف ومصرفه والعق والولاء والولاية والعزل وما أشبه ذلك قال الخرقى وما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته في قلبه شهد به كالشهادة على النسب والولادة، وأجمع أهل العلم على صحة الشهادة بالنسب قال ابن المنذر لا أعلم أحداً من أهل العلم منع منه ولو منع ذلك لاستحال معرفته إذ لا سبيل إلى معرفته قطعاً بغيره ولا يمكن المشاهدة فيه ولو اعتبرت لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحداً من أقاربه، وقد قال الله تعالى (يمرقونه كما يمرقون أبناءهم) وكذلك الولادة واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة فقال

(١) هكذا بالاصل

وفي الباب^١ عن علي وابن عباس وجابر ومسروق ، وقال النسائي اسناد حديث ابن عباس في اليمين مع الشاهد اسناد جيد، ولان اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفي حق المنكر لقوة جنبته فان الاصل براءة ذمته والمُدعي ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ولا حجة لهم في الآية لانها دلت على مشروعية الشاهدين والشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا ، وقولهم إن الزيادة في النص نسخ غير صحيح لان النسخ الرفع والازالة والزيادة في الشيء تقرير له لارفع والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه ولان الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخا وكذلك إذا انفصلت عنه ولأن الآية واردة في التحمل دون الاداء ولهذا قال (أن تضل أحدا صاعداً فذكر أحدهما الآخرى) والنزاع في الاداء وحديثهم ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها وفي حق الامناء لظهور جنايتهم وفي حق الملاعن وفي اقسامه وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلمة قائمة وقول محمد في نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله ﷺ والخلفاء الذين قضوا به وقد قال الله تعالى (فلأوربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) والقضاء بما قضى به محمد بن عبد الله ﷺ أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له

أصحابنا هو تسعة اشياء النكاح والملك المطلق والوقف ومصرفه والموت والعتق والولاء والولاية والعزل وبهذا قال أبو سعيد الاصطخري وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم لا تجوز في الوقف والولاء والعتق والزوجية لان الشهادة ممكنة فيه بالقطع ولانها شهادة بعقد فاشبه سائر العقود ، وقال أبو حنيفة لا تقبل إلا في النكاح والموت ولا تقبل في الملك المطلق لانها شهادة بمال فاشبه الدين ، وقال صاحباه تقبل في الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس

ولنا ان هذه تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة اسبابها فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب قال مالك ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالسماع وقال : السماع في الاحباس والولاء جائز وقال أحد في رواية الروذي اشهدان دارمختان لبختان وإن لم يشهدك وقيل له تشهد ان فلانة امرأة فلان ولم تشهد فقال نعم إذا كان مستقيماً فاشهد اقول فاطمة بنت رسول الله ﷺ وإن خديجة وعائشة زوجاته وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة ، قال قيل يمكنه العلم بذلك بمشاهدة السبب قلنا وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سبباً يقينا فانه يجوز ان يشتري ما ليس بملك البائع ويصطاد صيداً صاده غيره ثم انفلت منه وان تصور ذلك فهو نادر وقول أصحاب الشافعي يمكن الشهادة على الوقف باللفظ لا يصح لان الشهادة ليست بالمعقود ههنا إنما يشهد بالوقف الحاصل بالمعقد فهو بمنزلة الملك وكذلك يشهد بالزوجية دون المقد وكذلك الحرية والولاء

(فصل) قال القاضي يجوز أن يحلف على ما لا تسوع الشهادة عليه مثل أن يجحد بخطه ديناً له على إنسان وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقاً ولم يذكره أو يجحد في رزماذج أبيه بخطه ديناً له على إنسان ويعرف من أبيه الأمانة وأنه لا يكتب إلا حقاً فله أن يحلف عليه ولا يجوز أن يشهد به ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن إليه جاز أن يحلف عليه ولم يجز له أن يشهد به وبهذا قال الشافعي والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين :

(أحدهما) أن الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه لأن الحق إنما هو للحالف فلا يزور أحد عليه (الثاني) أن ما يكتبه الإنسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة .

(فصل) وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعي مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً رجلاً أو امرأة نص عليه أحد لأن من شرعت في حقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الأوصاف كالذكر إذا لم تكن يئنة

(فصل) قل أحد مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد فان أبي أن يحلف استحلف المذلوب ، وهذا قول مالك والشافعي ، ويروى عن أحد فان أبي المذلوب أن يحلف ثبت الحق عليه .

وهذه جميعها لا يمكن القطع بها كما لا يمكن التقطع بالملك لأنها مرتبة عليه فوجب أن تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء

﴿ مسألة ﴾ (ولا تقبل الاستفاضة إلا من عدد يقع العلم بخبرهم في ظاهر كلام أحمد والخرق في وقال القاضي تسمع من عدلين فصاعداً)

ذكره في المحرر لأن الحقوق ثبتت بقول اثنين وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي والقول الأول هو الذي تقضيه لفظة الاستفاضة فإنها مأخوذة من فيض الماء لكثرة ولأنه لو اكتفي فيه بقول اثنين لا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة على الشهادة وإنما اكتفي بمجرد السماع وقد ذكر شيخنا في كتاب المقنع الخلع فيما ثبت بالاستفاضة ولم يذكره في الغني ولا في الكافي ولا رأيت في كتاب غيره ولعله قاسه على النكاح والأولى أنه لا يثبت قياساً على الطلاق والنكاح بخلاف الخلع

﴿ مسألة ﴾ (وان سمع انسانا يقر بنسب أب أو ابن فصدق المقر له جاز أن يشهد له به وان كذبه لم يشهد وان سكت جاز أن يشهد ويحتمل ألا يشهد حتى يتكرر)

إذا سمع رجلاً يقول للصبي هذا ابني جاز أن يشهد به لأنه مقر بنسبه وان سمع الصبي يقول هذا أبي فسكت الأب جاز أيضاً لأن سكوت الأب اقرار له والاقرار يثبت به انتساب فجازت الشهادة به وإنما أقيم السكوت هنا مقام الاقرار لأن الاقرار على الانتساب الباطل غير جائز بخلاف سائر

(فصل) ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعي، وبه قال الشافعي وقال مالك يقبل ذلك في الاموال لانهما في الاموال اقيمتا مقام الرجل خلف معهما كما يحلف مع الرجل. ولنا ان البيعة على المال اذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة وما ذكره يبطل بهذه الصورة فانهما لو اقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين ولقبل في غير الاموال شهادة رجل وامرأتين ولان شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل واليمين ضعيفة فيضم ضعيف الى ضعيف فلا يقبل

(فصل) اذا ادعى رجل على رجل أنه سرق نصابا من حرزه وأقام بذلك شاهدا وحلف معه أو شهد له بذلك رجل وامرأتان وجب له المال المشهود به ان كان باقيا أو قيمته ان كان تالفا ولا يجب القطع لان هذه حجة في انمال دون القطع، وان ادعى على رجل أنه قتل وليه عمداً فأقام شاهداً وامرأتين أو حلف مع شاهده لم يثبت فصاص ولا دية، والفرق بين المسئلتين ان السرقة توجب القطع والغرم معا فاذا لم يثبت احدهما ثبت الآخر والقتل العمد موجب للقصاص عينا في إحدى الروايتين والدية بدل عنه ولا يجب البذل ما لم يوجد البذل وفي الرواية الاخرى الواجب احدهما لا بعينه فلا يجوز ان يتعين احدهما الا بالاختيار أو التمذر ولم يوجد واحد منهما

الدعوى ولان النسب يغلب فيه الاثبات الا ترى انه يلحق بالامكان في النكاح؟ ويحتمل ان لا يشهد حتى يتكرر ذكره أبو الخطاب لان السكوت ليس باقرار حقيقي وانما أقيم مقامه فاعتبرت تقويته بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار ﴿مسئلة﴾ (وان رأى شيئاً في يد انسان يتصرف فيه تصرف المالك من النقص والبناء والاجارة والاعارة ونحوها جاز ان يشهد بالملك)

قال ذلك أبو عبد الله ابن حامد وهو قول أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي ويحتمل ان لا يشهد الا باليد وتصرف ذكره القاضي لان اليد ليست منحصرة في الملك فانه قد يكون باجارة وإعارة وغصب ووكلته وهو قول بعض أصحاب الشافعي. ووجه الاول ان اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها فحرت مجرى الاستفاضة فجاز ان يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمال كونها من غصب واجارة أو نحو ذلك يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعاً كما لو شاهد سبب اليد فان احتمال كون البائع غير المالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا هنا، فان قيل فاذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا يجوز الشهادة الا بما يعلم، قلنا الظن يسمى علماً قال الله تعالى (فان علمتموهن مؤمنات) ولا سبيل الى العلم اليقيني هنا فجاز بالظن (فصل) قال الشيخ رحمه الله ومن شهد بالنسكاح فلا بد من ذكر شروطه وأنه تزوجها بولي

وقال ابن أبي موسى لا يجب للمال في السرقة أيضاً إلا بشاهدين لأنها شهادة على فعل بوجب الحد والمال فإذا بطلت في أحدهما بطلت في الأخرى والاول أولى لما ذكرناه ، وإن ادعى رجل على رجل أنه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ونفذ الى أخيه الآخر فقتله خطأ وأقام بذلك شاهداً وامرأتين أو شاهداً وحلف معه ثبت قتل الثاني لأنه خطأ موجه للمال ولم يثبت قتل الاول لأنه عدم موجه انقصاص فيها كالجنابتين المترقتين ، وعلى قول أبي بكر لا يثبت شيء منهما لأن الجنابة عنده لا تثبت الا بشاهدين سواء كان موجهها المال أو غيره ، ولو ادعى رجل على آخر أنه سرق منه وغصبه مالا فحلف بالطلاق والعناق ما سرق منه ولا غصبه فأقام ادعى شاهداً وامرأتين شهدا بالسرقة والغصب أو أقام شاهداً وحلف معه استحق للمسروق والمفصوب لأنه أتى ببيينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثبت طلاق ولا عناق لان هذه البيينة حجة في المال دون الطلاق والعناق وظاهر مذهب الشافعي في هذا الفصل كمنهنا الا فيما ذكرناه من الخلاف عن أصحابنا

(فصل) ولو ادعى جارية في يد رجل أنها أم ولده وإن ابنها ابنة منها ولد في ملكه وأقام بذلك شاهداً وامرأتين أو حلف مع شاهده حكم له بالجارية لان أم الولد مملوكة له ولهذا يملك وطأها واجارتها

مرشد وشاهدي عدل ورضاها

لأن الناس يختلفون في شروطه فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد معتقداً صحته الكاح وهو فاسد فان شهد بمقد سواه كالبيع والاجارة فهل يشترط ذكر شروطه ؟ على روايتين مبنيتين على الروايتين فيما ادعاهما وقد ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (وان شهد بالرضاع فلا بد من ذكر عدد الرضعات وأنه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه)

لأن الناس يختلفون في الرضعات وفي الرضاع المحرم فان شهد انه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ولا بد من ذكر ان ذلك في الحولين

﴿مسئلة﴾ (وان شهد بالقتل احتاج ان يقول ضربه بالسيف أو جرحه فقتله أو مات من ذلك فان قال جرحه فمات لم يحكم به)

لجواز ان يكون مات بغير هذا وقد روي عن شريح انه شهد عنده رجل فقال اتكأ عليه بمرفقه فمات فقتل شريح فمات منه أو قتلته ؟ فأعاد القول الاول فأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل قتلته ولا مات منه فقال له شريح قم فلا شهادة لك رواه سعيد

﴿مسئلة﴾ (ومن شهد بالزنا فلا بد ان يذكر بمن زنى؟ واين زنى؟ وانه رأى ذكره في فرجها) لان اسم الزنا يطلق على ما لا يوجب الحد وقد يعتد الشاهد ما ليس بزنا زناً فاعتبر ذكر صفة ليزول الاحتمال واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون ممن تحمل له أوله في وطئها شبهة وذكر المكان لئلا

وتزويجها وثبت لها حكم الاستيلاء باقراره لان اقراره ينفذ في ملكه والملك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين ولا يحكم له بالولد لانه يدعي نسبه والنسب لا يثبت بذلك ويدعي حرته أيضاً فعلى هذا يقر الولد في يد المنكر مملوكا له وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يأخذها وولدها ويكون ابنه لان من ثبتت له العين ثبت له نفاؤها والولد نفاؤها ، وذكر أبو الخطاب فيها عن أحمد روايتين كقولي الشافعي

ولنا أنه لم يدع الوالد ملكا وإنما يدعي حرته ونسبه وهذان لا يثبتان بهذه البيعة فيبيان على ما كانا عليه (فصل) وإن ادعى رجل أنه خالع امرأته فانكرت ثبت ذلك بشاهد وامرأتين أو يمين المدعي لانه يدعي المال الذي خالعت به وان ادعت ذلك المرأة لم يثبت الا بشهادة رجلين لانها لا تقصد منه الا الفسخ وخلاصها من الزوج ولا يثبت ذلك الا بهذه البيعة

﴿ مسألة ﴾ قال (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال مثل لرضاع وانولادة والحريض والمدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل)

لأنه لم يبين أهل العلم خلافا في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة قال القاضي والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء الولادة والاستهلال والرضاع والعيوب تحت الشيا ب كالزرق

تكون الشهادة منهم على فلبين ومن أصحابنا من قال لا يحتاج الى ذكر الزني بها ولا ذكر المسكان لانه محل الفعل فلا يعتبر ذكره كالزمان والاول أولى والزمان ممنوع في أحد الوجهين فانه يشترط ذكره لتكون شهادتهم على فعل واحد لجواز ان يكون ما شهد به احدهما غير ما شهد به الآخر ولان الناس اختلفوا في الشهادة في الحد مع تقادم الزمان فقل ابن أبي موسى لا تقبل لان عمر قل من شهد على رجل بمحد فلم يشهد حين يصيبه فانما يشهد على ضمن وقال غيره من أصحابنا تقبل لانها شهادة بحق فجازت مع تقادم الزمان كالقتصاص ولانه قد يعرض له ما يمنعه الشهادة في حينها وتتمكن منها بعد ذلك

﴿ مسألة ﴾ (ومن شهد بالسرقة فلا بد من ذكر المسروق منه والنصاب والحرز وصفة السرقة لاختلاف العلماء في ذلك

﴿ مسألة ﴾ (وان شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقذوف وصفة القذف) لذلك

﴿ مسألة ﴾ (وان شهد ان هذا العبد ابن أمة فلان لم يحكم به حتى يقول ولدته في ملكه) اذا ادعى عبداً انه له فشهد له شاهدان انه ابن أمة أو ادعى ثمرة شجرة فشهدت له البيعة انها ثمرة شجرته لم يحكم له بها لجواز ان تكون ولدته قبل تملكها وأثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها وان قالت البيعة ولدته في ملكه أو أثمرتها في ملكه حكم له بالولد والثمرة لأنها شهدت أنها ماء ملكه ما لم يرد سبب ينقله عنه فان قيل فقد قلتم لا تقبل شهادة بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق

واقترن والبكارة والثيابة والبرص وانهضاء العدة وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع لانه يجوز ان يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح ولنا ما روى حنيفة بن الحارث قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي اهاب فانت أمة سوداء فقالت قد ارضعتكما فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فاعرض عني ثم أتيت فقلت يا رسول الله انها كاذبة قال « كيف وقد زعمت ذلك » متفق عليه ولانها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة وتخالف العقد فانه ليس بعورة وحكي عن أبي حنيفة أيضا أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في الاستهلال لانه يكون بمد الولادة وخالفه صاحباه وأكثر اهل العلم لانه يكون حال الولادة فيتمتعنر حضور الرجال فأشبهه الولادة نفسها

وقد روي عن علي رحمه الله انه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال . رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور إلا ان من حديث جابر الجعفي وأجازه شرح والحسن والحارث العكلي وحماة (فصل) إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فانه تقبل فيه شهادة

قلنا الفرق بينهما على تقديم التسليم ان التمام تابع للملك في الاصل فاثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه اتبع وجري مجرى ما لو قال ملكته منذ سنة واقام البينة بذلك فان ملكه يثبت في الزمن الماضي تبعا للحال فيكون له التمام فيما مضى ، ولان البينة ههنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها في ملكه فقويت بذلك ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقالت أفرضه ألفا أو باعه ثبت الملك وان لم يذكره فع ذكره أولى

﴿مسئلة﴾ (وان شهدت انه اشتراها من فلان أو وقفها عليه أو أعتقها لم يحكم به . ا حتى يقولوا هي في ملكه)

لما ذكرنا في المسئلة قبلها ولانه يجوز ان يبيع ويقف ويعتق مالا يملك
﴿مسئلة﴾ (وان شهد ان هذا الغزل من قطنه والظاهر من بيضته أو الدقيق من حنطته حكم له بها)
لانه لا يتصور ان يكون الطير من بيضته قبل ملكه البيضة وكذلك الغزل والدقيق ولان الغزل عين القطن وانما تغيرت صفته والدقيق اجزاء الخنطة تفرقت والطير هو البيض استحالة فكان البينة قالت هذا غزله ودقيقه وطيره وليس كذلك الولد والثمرة فانها غير الام والشجرة ولو شهد ان هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقول باضا في ملكه لان البيضة غير الطير وانما هي من نثائه فهي كالولد ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرنا

(فصل) وإذا مات رجل فادعي آخر انه وارثه فشهد له شاهدان انه وارثه لا يملكان له وارثا غيره سلم المال اليه سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ، وان قالوا لا نعلم له وارثا غيره في هذا البلد احتمل ان يسلم المال اليه واحتمل ان لا يسلم اليه حتى يستكشف القاضي عن خبره في البلدان التي سافر اليها)

المرأة الواحدة وقال طاوس تجوز شهادة المرأة في الرضاع وإن كانت سوداء ، وعن أحمد رواية أخرى لا يقبل فيه إلا امرأتان وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة واليه ذهب مالك وأثوري لأن كل جنس يثبت به الحق كفي فيه اثنتان كالرجال ولأن الرجل أكمل منهن عقلاً ولا يقبل منهم إلا اثنتان وقال عثمان البتي يكفي ثلاث لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل وقال أبو حنيفة تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المولودة ، وقال عطاء والشعبي وقتادة والشافعي وأبو ثور لا يقبل فيه إلا أربع لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم يقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ولأن النبي ﷺ قال « شهادة امرأتين بشادة رجل »

ولنا ما روى عقبة بن الحارث أنه قال تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فجئت إلى النبي ﷺ فذكرت له ذلك فاعترض عني ثم ذكرت له ذلك فقال « وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » متفق عليه ، وروى حذيفة أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة ذكره الفقهاء في كتبهم ، وروى أبو الخطاب عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « يجزىء في الرضاع شهادة امرأة واحدة » ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات

وجملة ذلك أن من ادعى أنه وارث فلان الميت فشهد له شاهدان أنه وارثه لا يعلمان له وارثا غيره قبات شهادتهما وسلم المال إليه وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والنعبري، وقال ابن أبي ليلى لا يقبل حتى يبيننا أنه لا وارث له سواء

ولنا أن هذا مما لا يمكن علمه فكفي فيه الظاهر مع شهادة الأصل بعدم وارث آخر قال أبو الخطاب سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا وكذلك ذكره شيخنا ويحتمل أن لا يقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم وهذا قول الشافعي فاما أن قالوا لا نعلم له وارثاً بهذه البلدة أو بارض كذا وكذا احتمل أن يسلم المال إليه وبهذا قال أبو حنيفة كما لو قالوا لا نعلم له وارثاً وذكر ذلك مذهباً لاخذ واحتمل أن هذا ليس بدليل على عدم وارث سواء لأنهما قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الأرض ويعلمان له وارثاً في غيرها فلم تقبل شهادتهما كما لو قالوا لا نعلم له وارثاً في هذا البيت وهذا قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد وهو أولى إن شاء الله تعالى

(فصل) إذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن الميت لانعلم له وارثاً سواء وشهد آخران لاخران هذا الغلام بن هذا الميت لانعلم له وارثاً سواء فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ويكون الارث بينهما لأنه يجوز أن تعلم كل بيئة ما لم تعلمه الأخرى .

وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية غير مسلم وقول النبي ﷺ « وسلم شهادة امرأتين بشهادة رجل في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل »

(فصل) فان شهد الرجل بذلك فقال أبو الخطاب تقبل شهادته وحده لانه أكل من المرأة فإذا اكتفي بها وحدها فلا يكتفي به أولى ولان ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية (مسئلة) قال (ومن لزمته الشهادة فليبه ان يقوم بها على القريب والبعيد لا يسمعه

المتخلف من اقامتها وهو قادر على ذلك)

وجائته ان اداء الشهادة من فروض الكفايات فان تعينت عليه بأن لا يتحملها من يكفي فيها سواء لزمه القيام بها وان قام بها اثنان غيره سقط عنه اداؤها اذا قبلها الحاكم فان كان يحملها جماعة فادائها واجب على الكل إذا امتنعوا اثموا كلهم كسائر فروض الكفايات ودليل وجوبها قول الله تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم او الوالدين والاقربين ان يكن غنيا او فقيراً فالله أولى بهما) وفي الآية الاخرى (كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ان تعدلوا اعدلوا هو اقرب للتقوى) ولان الشهادة امانة فلزمه اداؤها عند طلبه كالوديعة ولقوله تعالى (ان الله

﴿ مسئلة ﴾ (وتجاوز شهادة المستخفي)

المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن الشهود عليه لسمع اقراره ولا يعلم به مثل أن يجحد الحق علانية ويقر به سراً فيختبئ شاهداً في موضع لا يعلم بهما لسمع اقراره به ثم يشهد به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة، وهو قول الشافعي وروى عن أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته اختاره أبو بكر وابن أبي موسى وروى ذلك عن شرح والشعبي لان الله تعالى قال (ولا تجسسوا) وروى عن النبي ﷺ انه قال « من حدث بمحدث ثم التفت فمهي أمانة » يعني انه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لالتفاته وحذره وقال مالك ان كان الشهود عليه ضعيفاً ينخدع لم يقبل عليه وان لم يكن كذلك قبلت .

ولنا انهما شهدا بما سمعاه يقيناً قبلت شهادتهما كما لو علم بهما .

﴿ مسئلة ﴾ (ومن سمع رجلاً يقر بحق أو يشهد شاهداً بحق او سمع حاكماً يحكم او يشهد على حاكمه وانفاذه جاز أن يشهد به في إحدى الروايتين ولا يجوز في الأخرى حتى يشهد على ذلك) اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن سمع رجلاً يقر بحق فالذهب انه يجوز ان يشهد عليه وان لم يقل للشاهد اشهد علي وهي التي ذكرها الخرقى وبه قال الشعبي والشافعي، وعن أحمد رواية ثانية لا يشهد حتى يقول له المقر اشهد علي كما لا يجوز ان يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه إياها وقول له اشهد على شهادتي وعنه رواية ثالثة إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد وإذا سمعه يقر بدين شهد ، لان المقر بالدين مترف انه عليه والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز أن يكون قد وفاه وعنه

يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها) فان عجز عن اقامتها او تضرر بها لم تجب عليه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا فانه فسوق بكم)

(فصل) ومن له كفاية فليس له اخذ الجمل على الشهادة لانه اداء فرض فان فرض الكفاية اذا قام به البعض وقع منهم فرضا وان لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له اخذها والنقطة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية فاذا اخذ الرزق جمع بين الامرين وان تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك ايضا واحتمل ان لا يجوز لثلا يأخذ العوض عن اداء فرض عين وذو اصحاب الشافعي لا يجوز اخذ الاجرة لمن تعينت عليه وهل يجوز لغيره ؟ على وجهين

(مسئلة) قال (وما أدركه من الفعل نظرا او سمعه تيمنا وان لم ير الشهود عليه شهد به)

وجملة ذلك ان الشهادة لا تجوز الا بما علمه بدليل قوله تعالى (الا من شهد بالحق وهم يعلمون) وقوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان عنه مسئولا) وتخصيصه لهذه الثلاثة بالسؤال لان العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر ولان مدرك الشهادة الرؤية والسمع وهما بالبصر والسمع وروي عن ابن عباس انه قال مثل رسول الله ﷺ عن الشهادة قل « هل ترى الشمس ؟ — قل نعم قال — على مثلها فاشهد او دع » رواه الحلال في الجامع

رواية رابعة إذا سمع شيئا فدعي إلى الشهادة به فهو بالخيار ان شاء شهد وان شاء لم يشهد قال ولكن يجب عليه إذا شهد ان يشهد (ولا يأبى الشهداء إذا مدعوا) قل إذا شهدوا وقال ابن أبي موسى إذا سمع رجلا يقر لرجل بحق ولم يقل اشهد علي بذلك وسع الشاهد أن يشهد عليه فيقول أشهد اني حضرت اقرار فلان بكذا ، وان سمعه يقول اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجوز ان يشهد به والصحيح الاول لان الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسناعه فجاز ان يشهد به كما يجوز ان يشهد بما رآه من الافعال فلما الشهادة على الشهادة فهي ضمنية فاعتبرت بقوتها بالاسترعاء وذكر القاضي ان في الافعال روايتين

(احدهما) لا يشهد به حتى يقول له المشهود عليه اشهد ، قال شيخنا وهذا ان اراد به العموم في جميع الافعال فلا يصح لان ذلك يؤدي إلى منع الشهادة عليه بالسكينة فان الناصب لا يقول لاحد اشهد اني غصبت ولا السارق ولا الزاني واشباه هؤلاء وقد شهد ابو بكره وأصحابه على المنيرة بالزنا فلم يقل عمر هل اشهدكم اولا ؟ ولا قاله للذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ولا قاله عثمان للذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر ولم يقل هذا احدهم الصحابة ولا غيرهم ولا باننا عن حاكم من حكام المسلمين في قديم الدهر وحديثه أنه رد شهادة على فل بكون الشاهد لم يحملها فحصل ذلك اجماعا ولان الشاهد مخير صادق وهذا يحصل من غير ان يقال له اشهد وكذلك ان سمع

باسناده . إذا ثبت هذا فإن مدرك العلم الذي يقع به الشهادة اثنان الرؤية والسمع وما عداهما من مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لا حاجة اليها في الشهادة في الاغلب فأما ما يقع بالرؤية فالأفعال كالغصب والاتلاف والزنا وشرب الخمر وسائر الأفعال وكذلك الصفات المرئية كالعيوب في البقع ونحوها فهذا لا تتحمل الشهادة فيه إلا بالرؤية لانه تمكن الشهادة عليه قطعاً فلا يرجع إلى غير ذلك وأما السماع فنوعان

(أحدهما) من المشهود عليه مثل العتود كالبيع والاجارة وغيرها من الأقوال فيحتاج إلى أن يسمع كلام المتدعيين ولا تعتبر رؤية المتدعين إذا عرفها وتبين أنه كلامهما وبهذا قال ابن عباس والزهرى وربيعة والليث وشرح وعطاء وابن أبي ليلى ومالك وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القاتل المشهود عليه لأن الأصوات تشبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط ولما ائتمروا المشهود عليه يميناً فجازت شهادته عليه كما لو رآه ونجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور وإنما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يميناً وقد يحصل العلم بالسمع يميناً وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ولهذا قبلت رواية الأعمى ورواية من روى عن أزواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن

وأما النوع الثاني فسنذكره إن شاء الله تعالى في المسئلة التي تلي هذا

الحاكم يحكم أو شهد على حكمه وإنفاذه جاز أن يشهد على ذلك في أظهر الروايتين والأخرى لا يجوز حتى يشهده ووجهها ما ذكرنا والله أعلم

(فصل) ولو حضر شاهدان حساباً بين رجلين شرطاً عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئاً كان للشاهدين أن يشهدا بما سمعا منهما ولم يسقط ذلك بشرطهما لأن الشاهد أن يشهد بما سمعه أو علمه وقد حصل ذلك سواء شهد أو منعه وكذلك يشهدان على العتود بخبرهما وعلى الجنابات بمشاهدتهما ولا يحتاجان إلى إظهار وبه قال ابن سيرين ومالك والثوري والشافعي

(فصل) والحقوق على ضربين (أحدهما) حق لآدمي معين كالحقوق المالية والتملك وغيره من العقود والعقوبات كالتصاص وحد القذف والوقف على آدمي معين فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى لأن الشهادة فيه حق لآدمي فلا يستوفى إلا بعد مطالبته وأذنه ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقديمها عليها (الضرب الثاني) ما كان حقاً لآدمي غير معين كالوقوف على الفقراء والمساكين أو على مسجد أو سقاية أو مقبرة مسجلة أو وصية لشيء من ذلك أو نحو هذا وما كان حقاً لله تعالى كالحدود الخالص لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تنقصر الشهادة إلى تقدم الدعوى لأن ذلك ليس له مستحق معين من الإديين يدعيه ويطالب به ولذلك شهد أبو بكر وأصحابه على الميرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر من غير تقدم دعوى فجزيت شهادتهم

(فصل) إذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهد عليه حاضرًا كان أو غائبًا. وإن لم يعرف ذلك لم يجوز أن يشهد عليه مع غيبته وراز أن يشهد عليه حاضرًا بمعرفة عينه نص عليه أحمد، قال مهنا سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحق له على رجل وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا إلا أنه يشهد له فقال إذا قال أشهد أن هذا على هذا وهما شاهدان جميعا فلا بأس وإن كان غائبًا فلا يشهد حتى يعرف اسمه

(فصل) والمرأة كالرجل في أنه إذا عرفها وعرف اسمها ونسبها جاز أن يشهد عليها مع غيبتها وإن لم يعرفها لم يشهد عليها مع غيبتها قال أحمد في رواية الجماعة لا تشهد إلا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها وإن كانت ممن قد عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد والا فلا يشهد فأما أن لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها ويجوز أن يشهد على عينا إذا عرف عينا. ونظر إلى وجهها قال أحمد ولا يشهد على امرأة حتى ينظر إلى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فأما من يتيقن معرفتها وتعرف بصوتها يقينا فيجوز أن يشهد عليها إذا تيقن صوتها على ما قدمناه في المسئلة قبلها فإن لم يعرف المشهود عليه فعره عنده من يعرفه قد روي عن أحمد أنه قال لا يشهد على شهادة غيره إلا بعرفته لما قول لا يجوز للرجل أن يقول للرجل أنا أشهد أن هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره وقال القاضي

ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى من ذلك ما لا يتعلق به حق أحد كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار أو إعتاق الرقيق يجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه الدعوى فلو شهد شاهدان بعتق عبد أو أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقهما المشهود عليه أو لم يصدقهما وبهذا قال الشافعي وقال به أبو حنيفة في الأمة وقال في العبد لا يثبت ما لم يصدق العبد به ويدعيه لأن العتق حقه فاشبه سائر حقوق ولأنها شهادة بعتق فلا تقتصر إلى تقدم الدعوى كعتق الأمة وتخالف سائر حقوق الأدعي لأنه حق لله تعالى ولهذا لا يقتصر إلى قبول العتق ودليل ذلك الأمة وبه يبطل ما ذكره فإن قال الأمة يتعلق باعتاقها تحريم الوطء قلنا هذا لا أثر له فإن البيع يوجب تحريرا عليه ولا تسمع الشهادة إلا بعد الدعوى

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (إذا شهد أحدهما أنه غصبه ثوبًا آخر وشهد آخر أنه غصبه ثوبًا أبيض أو شهد أحدهما أنه غصبه اليوم وشهد الآخر أنه غصبه أمس لم تكمل البيعة وكذلك كل شهادة على الفعل إذا اختلفا في الوقت)

متى كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما مثل أن يشهد أحدهما أنه غصبه دينارًا يوم السبت بدمشق ويشهد الآخر أنه غصبه بمصر أو يشهد أحدهما أنه غصبه دينارًا ويشهد الآخر أنه غصبه ثوبًا فلا تكمل الشهادة لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان. وهكذا إن اختلفا في زمن القتل أو مكانه أو قيمته أو في شرب الخمر أو القذف

يجوز أن يجعل هذا على الاستحباب لتجوز الشهادة بالاستفاضة وظاهر قوله المنع منا وقال أحمد لا يشهد على امرأة إلا باذن زوجها وهذا يحتمل أنه لا يدخل عليها يتيها ليشهد عليها إلا باذن زوجها لما روى عمرو بن العاص قال نهى رسول الله ﷺ أن يستأذن على النساء إلا باذن أزواجهن رواه أحمد في مسنده فأما الشهادة عليها في غير يتيها فجازة لأن إقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح فجاز أن يشهد عليها به

(فصل) وإذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر أنه شهد به فهل يجوز أن يشهد بذلك؟ فيه روايتان (أحدهما) لا يجوز أن يشهد بها قال أحمد في رواية حرب في من يرى خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة قل لا يشهد إلا بما يعلم وقال في رواية غيره يشهد إذا عرف خطه وكيف تكون الشهادة إلا هكذا؟ وقال في موضع آخر إذا عرف خطه ولم يحفظ فلا يشهد إلا أن يكون منسوخاً عنده موضوعاً تحت ختمه وحرزه فيشهد وإن لم يحفظ وقال أيضاً إذا كان ردي الحفظ فيشهد ويكتبها عنده وهذه رواية ثالثة وهو أن يشهد إذا كانت مكتوبة عنده بخطه في حرزه ولا يشهد إذا لم تكن كذلك تنزلة القاضي في إحدى الروايتين إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه أمضاه ولا يمضيه إذا لم يكن كذلك

لم تكمل الشهادة لأن ما شهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد فلم يقبل إلا على قول أبي بكر فإن هذه الشهادة تكمل ويثبت الشهود به إذا اختلفا في الزمان أو المكان، فأما إن اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض وشهد الآخر أنه سرق مع الزوال كيساً أسود أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد الآخر أنه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة ذكره ابن حامد وقال أبو بكر تكمل الشهادة والاول اصح لأن كل فعل لم يشهده الا واحد على ما قدمنا، فإن اختلفا في صفة الشهود به اختلفا في وجوب تعاريفها مثل أن يشهد أحدهما بشوب والآخر بدينار فلا خلاف في أن الشهادة لا تكمل لأنه لا يمكن إيجابها جميعاً لأنه يكون إيجاب حق عليه بشهادة واحد ولا إيجاب أحدهما بعينه لأن الآخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الآخر فلما ان شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في المكان أو الزمان أو الصفة ثبتا جميعاً لأن كلا منهما قد شهد به بينة عادلة لو انفردت أثبت الحق وشهادة الأخرى لا تعارضها لا مكان الجمع بينهما إلا أن يكون الفعل مما لا يمكن تكراره كقتل رجل بعينه فتعارض البيتان لعلنا أن أحدهما كاذبة ولا نعلم أيهما هي؟ بخلاف ما يتكرر ويمكن صدق البيتين فيه فانهما يثبتان جميعاً أن ادعاهما وإن لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه دون ما لم يدعه، وإن شهد اثنان أنه سرق مع الزوال كيساً أسود وشهد آخر أن أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض أو شهد اثنان أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخر أن أنه سرقه عشياً فقال القاضي يتعارضان وهو مذهب الشافعي كما لو كان للشهود به قتلا، قال شيخنا والصحيح أن هذا لا تعارض فيه لأنه يمكن صدق البيتين بأن يسرق عند الزوال كيسين أبيض

﴿مسألة﴾ (قال وما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في قلبه شهادته كالشهادة على النسب والولادة)

هذا النوع الثاني من السماع وهو ما يعلمه بالاستفاضة وأجمع اهل العلم على صحة الشهادة بها في النسب والولادة قال ابن المنذر اما النسب فلا اعلم احدا من اهل العلم منع منه ولو منع ذلك لاستحال معرفة الشهادة به اذ لا سبيل الى معرفته قطعاً بغيره ولا يمكن المشاهدة فيه ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف احداً بآبائه ولا اُمه ولا احداً من اقاربه وقال قال الله تعالى (يمر فونه كباير فون أبناءهم) واختلف اهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة فقال اصحابنا هو تسعة أشياء النكاح. والملك المطلق. والوقف. ومصرفه. والموت. والعتق والولاء. والولاية. والعنل. وبهذا قال أبو سعيد الاصطخري وبعض اصحاب الشافعي وقال بعضهم لا يجوز في الوقف والولاء والعتق وزوجية لان الشهادة ممكنة فيه بالقطع فانها شهادة بعقد فاشبهه سائر العقود وقال أبو حنيفة لا تقبل الا في النكاح والموت ولا تقبل في الملك المطلق لانها شهادة بمال اشبه الدين وقال صاحباه يقبل في الولاء مثل عكرمة مولد ابن عباس ولنا ان هذه الاشياء تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها فجازت الشهادة

وأسود وتشهد كل بينة باحدهما ويمكن ان يسرق كيسا غدوة ثم يعود إلى صاحبه أو غيره فيسرقه عشيا ومع إمكان الجمع لا تعارض فلي هذا ان ادعاهما الشهود له ثبتا له في الصورة الاولى وأما في الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب قن الشهود به وان كان فليز لكنهما في محل واحد فلا يجب أكثر من ضمانه، وإن لم يدع الشهود له إلا أحد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه، وان شهد له شاهد بسرقة كيس في يوم وشهد آخر بسرقة كيس في يوم آخر أو شهد أحدهما بسرقة من مكان وشهد آخر بسرقة في مكان آخر أو شهد أحدهما بنصب كيس أبيض وشهد آخر بنصب كيس أسود فادعاهما الشهود له فله أن يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له به لانه مال قد شهد له شاهد وان لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه ولم يثبت له الآخر لانه لم يدعه.

﴿مسألة﴾ (وإن شهد أحدهما انه أقر له بألف أمس وشهد آخر انه أقر له بألف اليوم أو شهد أحدهما انه باعه داره أمس وشهد آخر انه باعه إياها اليوم كملت البينة وثبت البيع والاقرار وكذلك كل شهادة على انقول)

أما إذا شهد أحدهما انه أقر له بألف أمس وشهد آخر انه أقر له بألف اليوم كملت البينة، لان الالف التي شهد بها أحدهما هي الالف التي شهد بها الآخر ولان الشاهدين شهدا بألف وان شهد أحدهما انه باعه أمس وشهد آخر انه باعه اليوم أو شهد أحدهما انه باعه أمس وشهد آخر انه باعه اليوم

عليها بالاستفاضة كالنسب قال مالك ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالجماع وقال مالك السماع في الاحباس والولاء جائز وقال أحمد في رواية الروذي اشهد ان دار بختان لبختان وان لم يشهدك وقيل له تشهد ان فلانة امرأة فلان ولم تشهدك النكاح ؟ فقال نعم اذا كان مستفيضا فأشهد اقول ان فاطمة ابنة رسول الله ﷺ وان خديجة وعائشة زوجاه وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة . فان قيل يمكنه العلم في هذه الاشياء بمشاهدة السبب قلنا وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سببا يقينا فانه يجوز ان يشتري ما ليس بملك البائع ويصطاد صيدا صاده غيره ثم انفلت منه وان تصور ذلك فهو نادر وقول أصحاب الشافعي يمكن الشهادة في الوقف باللفظ لا يصح لان الشهادة ليست بالقود ههنا وإنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد فهو بمنزلة الملك وكذلك يشهد بالزوجة دون العقد وكذلك الحرية والولاء وهذه جميعها لا يمكن القطع بها كما لا يمكن انقطع بالملك لانها مرتبة على الملك فوجب ان يجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء قال مالك ليس عندنا من شهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ الا على السماع . اذا ثبت هذا فكلام أحمد والحري يقتضي ان لا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الاخبار ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم لقول الحري : فيما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في القلب يعني حصل العلم به وذكر القاضي في المجرد أنه يكفي ان يسمع من اثنين عدلين ويسكن قلبه الى خبرهما لان الحقوق تثبت بقول اثنين وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي والقول الاول هو الذي يقتضيه لفظ الاستفاضة فانها مأخوذة من فيض الماء لكثرة ولانه لو اكتفي فيه بقول اثنين لا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة على الشهادة وانما اكتفي بمجرد السماع

اليوم ، فقال أصحابنا تكل الشهادة وقال الشافعي لانكمل لان كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه ما لو شهد بالعضب في وقتين . ووجه قول أصحابنا أن الشهود به شيء واحد يجوز ان يباد مرة بعد أخرى ويكون واحداً باختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد احدهما بالعربية والاخر بالفارسية وكذلك الحكم في كل شهادة على قول فالحكم فيه كالحكم في البيع الا النكاح فانه كالفعل إذا شهد احدهما انه تزوجها أمس وشهد الآخر انه تزوجها اليوم لم تكل الشهادة في قولهم جميعا لان النكاح أمس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين الا شاهد واحد فلم يثبت كما لو كانت الشهادة على فعل .

﴿ مسألة ﴾ (وكذلك القذف إذا شهد احدهما انه قذفه غدوة وشهد الآخر انه قذفه عشية أو شهد احدهما انه قذفه بالعربية وشهد الآخر انه قذفه بالمعجمية أو اختلفا في المكان لم يثبت القذف) لان القذف في مكان غير القذف في المكان الآخر وكذلك الاختلاف في الزمان وقال أبو بكر يثبت القذف لان الشهود به واحد وإن اختلفت العبارة واختلف الزمان والاول المذهب (فصل) في الشهادة على الاقرار بالفعل مثل أن يشهد احدهما انه أفر عندي يوم الخميس بدمشق

(المغني والشرح الكبير) [إذا كان في يد رجل دار يتصرف فيها تصرف الملاك جازت الشهادة أنها له ٢٥]

(فصل) فإن كان في يد رجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى والاعارة والاجارة والعمارة والهدم والبناء من غير منازع فقال أبو عبد الله بن حامد يجوز أن يشهد له بملكها وهو قول أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي قال القاضي ومحمّد بن لا يشهد إلا بما شاهده من الملك واليد والتصرف لأن اليد ليست منحصرة في الملك قد تكون باجارة واعارة وغصب وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . ووجه الاول ان اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقيها فجرت مجرى الاستفاضة فجاز ان يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمل كونها عن غصب أو اجارة يمارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانع كما لو شاهد سبب اليد فان احتمال كون البائع غير مالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا هنا . فان قيل فاذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة الا بما يعلم . قلنا الظن يسمى علما قال الله تعالى (فان علمتموهن مؤمنات) ولا سبيل الى العلم اليقيني هنا فجازت بالظن

(فصل) وإذا سمع رجلا يقول لصبي هذا ابني جاز ان يشهد به لانه مقر بنسبه وان سمع الصبي يقول هذا أبي والرجل يسمعه فسكت جاز ان يشهد ايضا لان سكوت الاب اقرار له والاقرار يثبت النسب فجازت الشهادة به وإنما اقيم السكوت ههنا مقام الاقرار لان الاقرار على الانتساب الباطل جائز بخلاف سائر الدعاوى ولان النسب يغلب فيه الاثبات الا ترى أنه يلحق بالامكان في

أنه قتله أو قذفه أو غصبه كذا أو ان له في ذمته كذا ويشهد الآخر أنه أقر عندي بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهما ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال زفر لا تكمل شهادتهما لان كل اقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة كالشهادة على الفعل

ولنا ان المقر به واحد وقد شهد اثنان بالاقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الاقرار بهما واحداً وفارق الشهادة على الفعل فان الشهادة فيها على فعلين مختلفين فنظير من الاقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة فإن شهادتهما لا تقبل ههنا ويحقق ما ذكرناه أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة في حق كل واحد والعادة جارية بطلب الشهود في أما كنهم لا في جمعهم إلى الشهود له فيمضي اليهم في أوقات منفردة وأما كن مختلفة فيشهدهم على إقراره فان كان الاقرار بفعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما أشهد انه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي أنه قذفه بالمعجبة لم تكمل الشهادة لان الذي يشهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنائير وشهد الآخر أنه غصبه دراهم لم تكمل وعلى قول أبي بكر تكمل الشهادة في القتل والقذف لان القذف بالعمية أو المعجبة والقتل بالبصرة أو الكوفة ليس من المقتضي فلا تعتبر في الشهادة والاول أصح

التكاح؟ وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يشهد مع السكوت حتى يتكرر لأن السكوت ليس بإقرار حقيقي وإنما اقيم مقامه فاعتبرت نقويته بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد في المقار بالاستمرار (فصل) وإذا شهد عدلان أن فلانا مات وخلف من الورثة فلانا وفلانا فلا نعلم له وارثا غيرهما قبلت شهادتهما وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والعنبري وقل ابن أبي ليلى لا تقبل حتى يبيننا أنه لا وارث له سواهما .

ولنا أن هذا مما لا يمكن علمه فيكفي فيه الظاهر مع شهاد الاصل بعدم وارث آخر قال أبو الخطاب سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ويحتمل أن لا تقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم وهذا قول الشافعي فاما أن قالوا لا نعلم له وارثا بهذه البلدة أو بارض كذا وكذا لم تقبل وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يقضى به كما لو قالوا لا نعلم له وارثا وذكر ذلك مذهبا لاجد أيضاً

ولنا أن هذا ليس بدليل على عدم الوارث لأنها قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الارض ويعلمان له وارثا في غيرها فلم تقبل شهادتهما كما لو قالوا لا نعلم له وارثا في هذا البيت

(فصل) فإن شهد أحدهما أنه غصبه هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه كملت الشهادة ويحكم بها لأنه يجوز أن يكون الغصب الذي أقر به هو الذي شهد الشاهد به فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة كما لو شهدا في وقتين على اقراره بالغصب وقال القاضي لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها وهو قول الشافعي لأنه يجوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد وهذا يبطل بالشهادة على اقرارين فإنه يجوز أن يكون ما أقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر إذا كانا في وقتين مختلفين ولأنه إذا أمكن جمل الشهادة على فعل واحد لم يحمل على اثنين كالأقرارين وكما لو شهد بالغصب اثنان وشهد على الاقرار به اثنان فإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد أو أقر بغصبه منه وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تكمل شهادتهما لأنها لم يشهدا على شيء واحد وإن شهد أنه أخذه من يديه ألزمه الحاكم رده إلى يديه لأن اليد دليل الملك فيرده إلى يده لتكون دلائلها ثابتة له قال مهنا سألت أبا عبد الله عن رجل ادعى داراً في يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما قال أشهد أن هذه الدار لفلان وقال الآخر أشهد أن هذه الدار دار فلان قل شهادتهما جائزة

﴿مسألة﴾ (وإن شهد شاهد أنه أقر له بألفين وشهد آخر أنه أقر له بألف ثبت الألف ويحلف على الآخر مع شاهده إن أحب)

وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صححت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهذا قول شريح ومالك والشافعي وابن أبي ليلى وإبي يوسف ومحمد وإسحاق وإبي

﴿ مسألة ﴾ قال (من لم يكن من الرجال والنساء عاقلًا مسلمًا بالغًا عدلًا لم تجز شهادته)

وجملته ان يعتبر في الشاهد سبعة شروط (أحدها) ان يكون عاقلًا ولا تقبل شهادة من ليس بعقل اجماعًا قاله ابن المنذر وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو طفولية وذلك لانه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله ولانه لا يأثم بكذبه ولا يتحرز منه (الثاني) ان يكون مسلمًا ونذ كرهنا فيما بعد ان شاء الله تعالى (الثالث) ان يكون بالغًا فلا تقبل شهادة صبي لم يبلغ بحال يروى هذا عن ابن عباس وبه قال ائمة اسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى ان شهادتهم تقبل في الجراح إذا شهدوا قبل الاقتراق عن الحالة التي تجارحواعليها وهذا قول مالك

لان الظاهر صدقهم وضبطهم فان تفرقوا لم تقبل شهادتهم لانه يحتمل ان يلقنوا قل ابن الزبير ان أخذوا عند مصاب ذلك فبالجري ان يعلقوا ويحفظوا وعن الزهري ان شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشجوع وذكره عن مروان وروى عن أحمد رواية ثالثة ان شهادته تقبل إذا كان ابن عشر قل ابن حامد فلي هذا الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود واقصاص كالعبيد وروى عن علي رضي الله

عبيد وحكي عن الشعبي انه شهد عنده رجلان شهد احدهما انه طلقها تطليقة وشهد آخر انه طلقها تطليقتين فقال قد اختلفتما قوما وحكي عن ابي حنيفة انه إذا شهد شاهد انه أقر بالف وشهد آخر انه أقر بألفين لم تكمل الشهادة لأن الاقرار بالالف غير الاقرار بألفين ولم يشهد بكل اقرار الا واحد .

ولنا ان الشهادة قد اكملت فيما اتفقا عليه فحكم به كالولم يرد احدهما على صاحبه وما ذكره من ان كل اقرار إنما شهد به واحد يبطل بما إذا شهد احدهما انه أقر بالف غدوة وشهد الآخر انه أقر بألف عشيا فن الشهادة تكمل مع ان كل اقرار إنما شهد به واحد فاما ما انفرد به احدهما فان للمدعي ان يحلف معه ويستحق هذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين وهذا فيما إذا أطلق الشاهدة او لم تختلف الاسباب والصفات .

(فصل) إذا شهد له شاهدان بالف وشاهدان بخمسة مائة ولم تختلف الاسباب والصفات دخلت الخمسة مائة في الالف ووجب له الالف بالشاهدين وان اختلفت الاسباب والصفات وجب له الالف والخمسة مائة ولم يدخل احدهما في الآخر لانهما مختلفان

﴿ مسألة ﴾ (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفًا وشهد آخر أن له عليه ألفين فهل تكمل البيئته

على ألف ؟ على وجهين)

(أحدهما) : تكمل كالتي قبلها ، (والثاني) : لا تكمل لانه يحتمل أن يكون الالف المنفرد

من غير الألفين .

عنه ان شهادة بعضهم تقبل على بعض وروى ذلك عن شريح والحسن والنخعي قال ابراهيم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم قال للغيرة وكان أصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد وروى الامام احمد باسناه عن مسروق قال كنا عند علي فجاء خمسة غلّة فقالوا انا كنا ستة غلّة نتقاط ففرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين بانها غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة انهم غرقوه فجعل على الاثنين ثلاثة اخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق والمذهب ان شهادتهم لا تقبل في شيء لقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال - واشهدوا ذوي عدل منكم - وقال - ممن ترضون من الشهداء - والصبي ممن لا يرضى وقال - ولا تكتموا الشهادة ومن يكتتمها فانه آثم قلبه) فأخبر ان الشاهد الكاتم لشهادته آثم والصبي لا يأثم فيدل على انه ليس بشاهد ولان الصبي لا يخاف من مآثم الذنب فيزعه عنه ويمنعه منه فلا يحصل الثقة بقوله ولان من لا يقبل قوله على نفسه في الاقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون يحقق هذا ان الاقرار أوسع لانه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولا تصح الشهادة منهم ولان من لا تقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح كالفاسق ومن لا تقبل شهادته على من ليس بمثله لا تقبل على مثله كالمجنون (الشرط الرابع) العدالة لقول الله تعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم) ولا تقبل شهادة الفاسق لذلك ولقول الله تعالى (ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) فأمر بالتوقف عن نبأ الفاسق والشهادة نبأ فيجب

﴿مسألة﴾ (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً من قرض وشهد الآخر أن له عليه ألفاً من مبيع لم تكمل البيعة)

أما اذا اختلفت الاسباب والصفات مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض وآخر بألف من مبيع أو يشهد شاهد بألف مبيع وآخر بألف قرض أو يشهد أحدهما بألف دينار والآخر بألف درهم لم تكمل البيعة وكان له أن يخلط مع كل واحد منهما ويستحقها أو يحلف مع أحدهما ويستحق ما شهد به

﴿مسألة﴾ (وإن شهد شاهداً أن له عليه ألفاً وقال أحدهما قضاء بعضه بطلت شهادته نص عليه وإن شهد أنه أقرضه ألفاً وقال أحدهما قضاء نصفه صححت شهادتهما)

إذا شهدا أن له عليه ألفاً ثم قال أحدهما قضاء نصفه بطلت شهادته وهكذا ذكره أبو الخطاب وذلك بأنه شهد بأن الالف جميعه عليه فإذا قضا بعضه لم يكن الالف كله عليه فيكون كلامه متناقضاً فتفسد شهادته وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال بل بخمسمائة لأن ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة واقرار بلفظ نفسه وهذا لا يقول ذلك على وجه الرجوع والنصوص عن أحد ان شهادته تقبل بخمسمائة فانه قال إذا شهد بألف ثم قال أحدهما قبل الحكم قضاء منه خمسمائة افسد شهادته والشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسمائة فصحت شهادته في نصف الالف الباقي وأبطالها في النصف الذي ذكر أنه قضاؤه لانه بمنزلة الرجوع عن الشهادة به فأشبه ما لو قال اشهد بألف بل خمسمائة قال أحمد ولو جاء

التوقف عنه وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الاسلام ولا ذي غمر على أخيه» رواه أبو عبيد وكان أبو عبيد لا يراه خص بالخائن والخائنة أمانات الناس بل جميع ما اقترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره قال الله تعالى (انا عرضنا الامانة على السموات والارض والجبال) الآية وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا يؤسر رجل بغير العدول ولان دين الفاسق لم يزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن ان لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره إذا تقرر هذا فالفسوق نوعان

(أحدهما) من حيث الافعال فلا نعلم خلافا في رد شهادته (والثاني) من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضا وبه قال مالك وشريك واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وقال شريك أربعة لا تجوز شهادتهم (رافضي) يزعم ان له إماما مقترضة طاعته (وخرجي) يزعم ان الدنيا دار حرب (وقدري) يزعم أن المشيئة اليه (ومرجي) ورد شهادة يعقوب وقال ألا أرد شهادة من يزعم أن الصلاة ليست من الايمان؟ وقال ابو حامد من أصحاب الشافعي المختلفون على ثلاثة أضرب (ضرب) اختلفوا في الفروع فهو لاء لا يفسقون بذلك ولا ترد شهادتهم وقد اختلف الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين.

بعد هذا المجلس فقال أشهد انه قضاء منه خمسمائة لم يقبل منه لانه قد أمضى الشهادة فهذا يحتمل أنه اراد إذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه لان الالف قد وجب بشهادتها وحكم الحاكم ولا تقبل شهادته بامضاء لانه لا يثبت بشاهد واحد فأما ان شهد أنه أقرضه ألفا ثم قال أحدهما قضاء منه خمسمائة قبلت شهادته في باقي الالف وجهاً واحداً لانه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف

(مسئلة) (وإن كانت له مائة بألف فقال أريد ان تشهد لي بخمسمائة لم يجز)

وعند أبي الخطاب يجوز قال أحد إذا شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم الا على مائتين فقال له صاحب الحق اريد ان تشهد لي على مائة لم يشهد الا بألف قال القاضي وذلك ان على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد قال الله تعالى (ذلك أدنى ان يأتوا بالشهادة على وجهها) ولانه لو ساغ للشاهد ان يشهد ببعض ما اشهد لساغ للقاضي ان يقضي ببعض ما شهد به الشاهد وقال أبو الخطاب عندي يجوز بذلك لان من شهد بألف فقد شهد به بمائة وإذا شهد بمائة لم يكن كاذبا في شهادته فجاز كما لو كان قد اقرضه مائة مرة وتسعمائة أخرى قال شيخنا والاول أصح لما ذكر القاضي لان شهادته بمائة ربما أوهمت ان هذه المائة غير انني شهدت باصله فيؤدي الى ابهامها عليه مرتين قول أحد إذا

(الثاني) من نفسه ولا تكفره وهو من سب القرابة كالخوارج أو سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك

(الثالث) من تكفره وهو من قال بخلق القرآن ونفي الرؤية وأضاف الشيعة إلى نفسه فلا تقبل له شهادة ، وذكر القاضي ابو يعلى مثل هذا سواء قال : وقال احمد ماتعجني شهادة الجهمية ورافضة والقدرية لمحنة وظاهر قول الشافعي وابن ابي ليلى والثوري وابي حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الأهواء وأجاز سوار شهادة ناس من بني النضر ممن يرى الاعتزال قل الشافعي إلا أن يكونوا ممن يرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض كالخطابية وهم أصحاب ابي الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه ووجه قول من أجاز شهادتهم انه اختلاف لم يخرجهم عن الاسلام أشبه الاختلاف في الفروع ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تديناً واعتقاداً انه الحق ولم يرتكبوه ظلمين بتحريمه بخلاف فسق الافعال

قال ابو الخطاب ويخرج على قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض أن الفسق الذي يتدين به من جهة الاعتقاد لا ترد الشهادة به ، وقد روي عن احمد جواز الرواية عن القسري اذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة ولنا انه أحد نوعي الفسق فتد به الشهادة كالنوع الآخر ، ولأن المبتدع فاسق فتد شهادته الآية والمعنى :

(الشرط الخامس) أن يكون متيقظاً حافظاً لما يشهد به ، فإن كان مغفلاً او معروفاً بكثرة الغلط لم تقبل شهادته

(الشرط السادس) أن يكون ذا مروءة (الشرط السابع) انتفاء الموانع وسنشرح هذه الشروط في مواضعها إن شاء الله تعالى

قال اشهد على مائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره الا ان يقول اشهدوني على مائة ومائة ومائة بحكيه كله للاحكم كما كان

(فصل) قال احمد إذا شهد بالف درهم ومائة دينار فله درهم ذلك البلد ودنانيره قال القاضي لانه لما جاز ان يحمل مطلق المقد على ذلك جاز ان تحمل الشهادة عليه

(فصل) إذا شهد شاهد انه باعه هذا العبد بالف وشهد آخر انه باعه إياه بخمسمائة لم تكمل البيعة لاختلافها في صفة البيع وله ان يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه فان شهد بكل عقد شاهدان ثبت البيعة فان أضافا البيع الى وقت واحد مثل ان يشهدا انه باعه هذا العبد مع الزوال بالف وشهد آخر انه باعه إياه مع الزوال بخمسمائة تعارضت البيعتان وسقطتا لانه لا يمكن اجتماعهما وكل بيعة تكذب الاخرى وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له ان يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان لان التعارض إنما يكون مع البيعتين الكاملتين

(فصل) ظاهر كلام الخرقى أن شهادة البدوي على من هو من أهل القرية وشهادة أهل القرية على البدوي صحيحة إذا اجتمعت هذه الشروط وهو قول ابن سيرين وإبي حنيفة والشافعي وإبي ثور واختاره أبو الخطاب

وقال الامام احمد أخشى ان لا تقبل شهادة البدوي على صاحب القرية فيحتمل هذا أن لا تقبل شهادته وهو قول جماعة من أصحابنا ومذهب إبي عبيد وقال مالك كقول أصحابنا فيما عدا الجراح وكقول الباقرين في الجراح احتياطا للدماء ، واحتج أصحابنا بما روى أبو دؤد في سننه عن إبي هريرة عن النبي ﷺ انه قال « لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية » ولانه متهم حيث عدل عن أن يشهد قرويا وأشهد بدويا . قال أبو عبيد ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بمحقوق الله تعالى والجفاء في الدين

ولنا أن من قبلت شهادته على أهل البدو قبلت شهادته على أهل القرية كأهل القرى ويحمل الحديث على من لم تعرف عدالته من أهل البدو ونخصه بهذا لان الغالب انه لا يكون له من يسأله الحاكم فيعرف عدالته

﴿باب شروط من تقبل شهادة﴾

وهي ستة أحدها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبيان وعنه تقبل ممن هو في حال العدالة وعنه لا تقبل الا في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فالمشهور عنه أنها لا تقبل شهادة الصبي ما لم يبلغ روي هذا عن ابن عباس وبه قال أنقاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه وعن أحمد رواية ثانية ان شهادته تقبل إذا كان ابن عشر قال ابن حامد فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود والقصاص كالعبيد وروي عن علي رضي الله عنه ان شهادة بعضهم تقبل على بعض ، وروي ذلك عن شريح والحسن والنخعي قال إبراهيم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم قال المغيرة وكان أصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد . وروى الامام احمد بإسناده عن مسروق قال كنا عند علي فجاءه خمسة غلّة فقالوا انا كنا ست غلّة تتقاط ففرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين أنها غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم غرقوه فجعل على الاثنين ثلاثة اخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق وعنه رواية ثالثة ان شهادتهم لا تقبل إلا في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها فان تفرقوا لم تقبل شهادتهم وهو قول مالك لان الظاهر صدقهم ونسبهم ولا تقبل بعد الافتراق لانه يحتمل ان يلقنوا . قال ابن الزبير ان اخذوا عند منصاب

﴿مسئلة﴾ قال (والمئل من لم تظهر منه ريبة وهذا قول ابراهيم النخعي واسحاق)

وجماته أن المئل هو الذي تعتدل أحواله في دينه وأفعاله قال القاضي يكون ذلك في الدين والمروءة والاحكام، أما الدين فلا يرتكب كبيرة ولا يداوم على صغيرة فإن الله تعالى أمر أن لا تقبل شهادة القاذف فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ولا يخرج من العدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى (الذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش إلا اللمم) قيل اللمم صفار الذنوب ولان التحرز منها غير ممكن، جاء عن النبي ﷺ انه قال:

إن تنفر الائم تغفر جما وأي عبد لك لا ألما؟

أي لم يلم فإن لامع الماضي بمنزلة لم مع المستقبل وقيل اللمم إن يلم بالذنوب ثم لا يعود فيه والكبائر كل معصية فيها حد والاشراك بالله، وقتل النفس التي حرم الله وشهادة الزور وعقوق الوالدين وروى ابو بكره أن النبي ﷺ قال «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ الاشراك بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين — ركان متكئاً فجلس فقال — ألا وقول الزور وقول الزور» فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت. متفق عليه

قال احمد ولا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ولا تقبل شهادة من لا يؤدي زكاة ماله وإذا أخرج في طريق المسلمين الاسطوانة والكنيف لا يكون عدلا ولا يكون ابنه عدلا اذا ورث أباه حتى يرد ما أخذ من طريق المسلمين ولا يكون عدلا إذا كذب الكذب الشديد لأن النبي صلى الله عليه وسلم رد شهادة رجل في كذبه

ذلك فبالخري ان يعقلوا ويحفظوا وعن الزهري ان شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشجوج وذكره عن مروان والمذهب أن شهادتهم لا تقبل في شيء لقول الله تعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم) وقال سبحانه (ممن ترضون من الشهداء) والصبي لا يرضى وقال جل وعز (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) فاخبر ان الشاهد الكاتم لشهادته آثم والصبي لا يآثم فيدل على انه ليس بشاهد ولان الصبي لا يخاف من مآثم الكذب فيزعه عنه ويمنعه منه فلا تحصل الثقة بقوله ولان من لا يقبل قوله على نفسه في الاقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون يحنق هذا ان الاقرار اوسع لانه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولا تصح الشهادة منهم ولان من لا تقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح كالفاسق

(وائثني) العقل فلا تقبل شهادة معتوه ولا مجنون الا من يحنق في الاحيان إذا شهد في حال افاقته ولا تقبل شهادة من ليس بعقل اجماعا قال ابن المنذر وسواء ذهب عقله مجنون أو سكر أو صغر لانه ليس بمحصل ولا يحصل الثقة بقوله فاما من يحنق في الاحيان إذا شهد في حال افاقته فتقبل شهادته لانها شهادة من عاقل أشبه من يحنق

وقل عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود في حد ولا ذي غمر على أخيه في عداوة ولا القاطع لاهل البيت ولا مجرب عليه شهادة زور ولا ضنين في ولاء ولا قرابة » وقد رواه أبو دلود وفيه « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » فلما الصغائر فإن كان مصراً عليها ردت شهادته وإن كان الغالب من أمره الطاعات لم يرد لما ذكرنا من عدم امكان التحرز منه .

وأما المروءة فاجتناب الامور الدينية المزرية به وذلك نوعان (أحدهما) من الافعال كالاكل في السوق يعني به الذي ينصب مائدة في السوق ثم يأكل والناس ينظرون ولا يعني به أكل الشيء اليسير كالكسرة ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت المادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجله في مجمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به أو يخاطب امرأته أو جاريته أو غيرها بمحضرة الناس بالخطاب الفاحش أو يحدث الناس بما وضعته أهله ونحو هذا من الافعال الدينية ففاعل هذا لا تقبل شهادته لأن هذا سفه ودناءة فمن رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة فلا تحصل الثقة بقوله ، قال احمد في رجل شتم بهيمة قال : الصالحون لا تقبل شهادته حتى يتوب .

وقد روى أبو مسعود البدرى قال قال رسول الله ﷺ « ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى « إذا لم تستح فاصنع ما شئت » يعني من لم يستح صنع ما شاء ولان المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين .

(الثالث) الكلام فلا تقبل شهادة الاخرس نص عليه أحمد قيل له وإن كتبها ؟ قال لا أدري وهو قول أصحاب الرأي وقال مالك والشافعي وابن المنذر تقبل إذا فهمت اشارته لنيامها مقام نطقه في كل أحكامه من كلامه ونكاحه وغير ذلك فكذلك في شهادته واستدل ابن المنذر بان النبي ﷺ أشار وهو جالس الى الناس وهم قيام « ان اجلسوا فجلسوا » ولنا انها شهادة بالاشارة فلم يحز كاشارة الناطق لان الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لا يكتفى بإيماء الناطق ولا يحصل اليقين بالاشارة وإنما كفى بإشارته في أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنا وما استدلل به ابن المنذر لا يصح فان النبي ﷺ كان قادراً على الكلام وعمل بإشارته الى الصلاة ولو شهد الناطق بالاشارة والاياء لم تصح شهادته أجماعاً فلم ان الشهادة تنافق غيرها من الاحكام ويحتمل ان تقبل فيما طريقه الرؤية إذا فهمت إشارته لان إشارته بمنزلة نطقه كافي سائر أحكامه والاول اولى لانا إنما قبلنا إشارته فيما يختص به للضرورة ولا ضرورة ههنا

(الرابع) الاسلام فلا تقبل شهادة كافر إلا اهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم وحضر الموصي الموت فتقبل شهادتهم ويحلفهم الحاكم بعد العصر لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله وانها لو صية الرجل بعينه فان عثر على انها استحقاقاً إنما قام آخران من اولياء (المغني والشرح الكبير) (٥) (الجزء الثاني عشر)

وقد روي عن أبي سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبي ﷺ وصفته فقال : والله لولا آبي كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبته ، ولم يكن يومئذ ذا دين ولان الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدنائة وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت في العدالة ككلايين ومن فعل شيئاً من هذا محتفياً به لم يمنع من قبول شهادته لان مروءته لا تسقط به وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلاً لم ترد شهادته لان صغير المعاصي لا يمنع الشهادة إذا قل فهذا أولى ولان المروءة لا تختل بقليل هذا ما لم يكن عادته .

(النوع الثاني) في الصناعات الدنيئة كالسكاح والكناس لا تقبل شهادتهما لما روى سعيد في سننه أن رجلاً أتى ابن عمر فقال له أي رجل كناس قال أي شيء تكنس ؟ الزبل ؟ قال : لا . قال فالعذرة ؟ قال : نعم قال - منه كسبت المال ومنه تزوجت ومنه حججت ؟ قال نعم . قال الأجر خبيث وما تزوجت خبيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه . وعن ابن عباس مثله في السكاح ولان هذا دناءة يمتنع أهل المروءات فأشبهه الذي قبله . فأما الزبال والقراد والحجام ونحوهم ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل شهادتهم لانه دناءة يمتنع أهل المروءات فهو كالذي قبله (والثاني) تقبل لان الناس اليه حاجة فعلى هذا الوجه انما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة

الوصي خلفاً بالله لشهادتنا إحق من شهادتهما ولقد خانا وكنا ويقضى لهم وعنه ان شهادة بعض أهل الذمة تقبل على بعض والاول المذهب

وجلة ذلك ان شهادة أهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ولا كافر الا في الوصية في السفر على ما ذكره الحنفي ، وروى ذلك عن أحمد بن حنبل عن عشرين نفساً ومن قال لا تقبل شهادتهم الحسن وابن أبي ليلى والاوزاعي ومالك وأبو ثور ونقل حنبل عن أحمد ان شهادة بعضهم تقبل على بعض وخطأه الخلال في نقله هذا وقال صاحبه أبو بكر هذا غلط لا شك فيه وقال ابن حامد بل المسئلة على ووايتين قال أبو حفص البرمكي تقبل شهادة السبي بعضهم على بعض في الذنب إذا ادعى أحدهم ان الآخر أخوه والمذهب الاول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك وذهبت طائفة من أهل العلم إلى ان شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فمنهم من قال الكفر ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي هذا قول حماد وسوار وأبي حنيفة وأصحابه وعن قتادة والحكم وأبي عبيد وإسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ولا نصراني على يهودي ويروى عن الزهري والشعبي كقولنا وقولهم ، واحتجوا بما روى عن جابر ان النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض رواه ابن ماجه ولان بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين

ولنا قول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم)

في وقتها ويضليها فان صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجها واحداً واما الحيائك والحارس والدباغ فهي اعلی من هذه الصنائع فلا ترد بها الشهادة وذكرها أبو الخطاب في جملة ما فيه وجهان
وأما سائر الصنائع التي لا دناءة فيها فلا ترد الشهادة بها الا من كان منهم بحلف كذبا أو بعد ويخلف وغلب هذا عليه فان شهادته ترد وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها أو لا يتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ومن كانت صناعته محرمة كصانع المزامير والطناير فلا شهادة له ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالصائغ والصيرفي ولم يتوق ذلك ردت شهادته

(فصل) في اللعب كل لعب فيه قمار فهو محرم أي لعب كان وهو من اليسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته وما خلا من اقرار وهو اللعب الذي لا عوض فيه من الجانبيين ولا من احدهما فنه ما هو محرم ومنه ما هو مباح فأما المحرم فاللعب بالترد وهذا قول أبي حنيفة وأكثر اصحاب الشافعي وقال بعضهم هو مكروه غير محرم ولنا ما روى أبو موسى قال سمعت رسول الله ﷺ قال «من لعب بالتردشير فقد عصي الله ورسوله» وروى بريدة ان النبي ﷺ قال «من لعب بالتردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه» رواها أبو داود وكان سعيد بن جبیر إذا مر على أصحاب الردشير لم يسلم عليهم اذا ثبت هذا فن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قماراً أو غير قمار وهذا قول

إلى قوله - ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس يذني عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه ولانه لا تقبل شهادته على غير اهل دينه فلا تقبل على اهل دينه كل حربى واخبر يرويه اهل مجالد وهو ضعيف وان ثبت فيجتمل انه اراد العين فنه تسمى شهادة قال الله تعالى في العان (فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) واما الولاية فمتعلقها القرابة والشفقة وقرابته ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة فان غير اهل دينهم لا يلي عليهم والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فانها ممكنة من المسلمين ، وقد روي عن معاذ رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال «لا تقبل شهادة اهل دين الا المسلمين فانهم عدول على انفسهم وعلى غيرهم

(فصل) فما شهادة اهل الكتاب بوصية المسافر الذي مات في سفره إذا شهد بها شاهدان من اهل الذمة قبلت شهادتهم إذا لم يوجد غيرهما من المسلمين ويستحقان بعد العصر على ما ذكرنا في صدر المسئلة قل ابن المنذر وبهذا قال أكبر الماضين يعني الآية التي في سورة المائدة ومن قاله شريح والنخعي والاوزاعي ونجى بن حمزة وقفني بذلك عبد الله بن مسعود وابو موسى رضي الله عنهما وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا تقبل لان من لا تقبل شهادته في غير الوصية لا تقبل في الوصية كالفاسق ولان الفاسق لا تقبل شهادته فالكافر اولى واختلّفوا في تأويل الآية فنه من حملها على التحمل دون الاداء ومنهم قال المراد بقوله من غيركم أي من عشيرتكم ومنهم من قال المراد بالشهادة العين

أبي حنيفة ومالك وظاهر مذهب الشافعي قال مالك من لعب بالترد والشرط نجح فلا أرى شهادته طائفة
لأن الله تعالى قال (فإذا بعد الحق إلا الضلال) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال
(فصل) فاما الشرط نجح فهو كالترد في التحريم إلا أن الترد أكد منه في التحريم لورود النص
في تحريمه لكن هذا في معناه فيثبت فيه حكمه قياساً عليه

وذكر القاضي أبو حسين ممن ذهب إلى تحريمه علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وسعيد
ابن المسيب والقاسم وسالم وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومطر الوراق ومالك وهو قول أبي حنيفة
وذهب الشافعي إلى إباحته ، وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير
واحتجوا بأن الأصل الإباحة ولم يرد بتحريمها نص ولا هي في معنى النصوص عليه فتبقى على الإباحة
وبفارق الشرط نجح الترد من وجهين (أحدهما) أن في الشرط نجح تدبير الحرب فاشبهه اللص بالحرب
والرمي بالشاب والمسابقة بالخيول

(والثاني) أن النول في الترد على ما يخرج الكعبتان فاشبهه الإلزام والمغول في الشرط نجح على حدته
وتدبيره فاشبهه المسابقة بالسهم

ولنا قول الله تعالى (إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فجنّبوه)
قال علي رضي الله عنه الشرط نجح من الميسر . ومر علي رضي الله عنه على قوم يلعبون بالشرط نجح فقال
ما هذه التماثيل التي أنتم لها مأكنون ؟ قال أحد أصحاب مافي الشرط نجح قول علي رضي الله عنه

ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان
أو ثلاثة منكم أو آخران من غيركم أن أنتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت) الآية وهذا
نص الكتاب وقد قضى به رسول الله ﷺ وأصحابه فروى ابن عباس قال خرج رجل من بني
تميم الداري وعدي بن زيد فات السهمي بأرض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقد واجام فضة
مخصوصا بالذهب فحلفها رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا اشتريه من تميم وعدي فقام
رجلان من أولياء السهمي فخلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الجام لصاحبهم فنزلت فيهم (يا أيها
الذين آمنوا شهادة بينكم) الآية

وعن الشعبي أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة بدقوة ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على
وصيته فاشهد رجلين من أهل الكتاب فندما الكوفة فأبى الأشعري فأخبراه وقدما بتركته ووصيته
فقال الأشعري هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ فاحلفها بعد الميمر ماخانا
ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا وأنها لوصية الرجل وتركته فامضى شهادتهما رواه أبو داود
وزوى الخلال حديث أبي موسى بأسناده وحمل الآية على أنه أراد من غير عشرتك لا يضح لأن
الآية نزلت في قصة عدي وتميم بالاخلاف بين المفسرين وقد فسره بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن

وروى واثلة بن الاسقع رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « إن الله عز وجل ينظر في كل يوم ثلاثمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه فيها نصيب » رواه أبو بكر باسناده ولأنه لم يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فاشبهه اللاعب بالترد وقولهم لأنص فيها قد ذكرنا فيها نصاً وهي أيضاً في معنى الترد المنصوص على تحريمه . وقولهم إن فيها تدبير الحرب قلنا لا يقصد هذا منها وأكثر اللاعبين بها إنما يقصدون منها اللعب أو القمار . وقولهم إن الممول فيها على تدبيره فهو أبلغ في اشتغاله بها وصدها عن ذكر الله والصلاة إذا ثبت هذا فقال أحمد الترد أشد من الشطرنج وإنما قال ذلك لورود النص في الترد والاجماع على تحريمها بخلاف الشطرنج . وإذا ثبت تحريمها فقال القاضي هو كالترد في رد الشهادة به وهذا قول مالك وأبو حنيفة لأنه محرم مثله

وقال أبو بكر إن فعله من يعتقد تحريمه فهو كالترد في حقه وإن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته إلا أن يشغله عن الصلاة في أوقاتها أو يخرج به إلى الحلف الكاذب ونحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق أو يفعل في لعبه ما يستخف به من أجله ونحو هذا مما يخرج عن الزروة وهذا مذهب الشافعي وذلك لأنه مختلف فيه فاشبهه سائر المختلف فيه

(فصل) واللاعب بالحمام يطيرها لاشهادة له وهذا قول أصحاب الرأي وكان شريح لا يجيز

وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير وسليمان التيمي وغيرهم ودلت عليه الأحاديث التي روينها ولأنه لو صبح ما ذكره لم تجب الايمان لان الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم وحملها على التحمل لا يصح لأنه أمر باحلافهم ولا ايمان في التحمل وحملها على اليمين لا يصح لقوله (فيقيم بالله إن ارتبتم لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله) ولأنه عطفها على ذوي العدل من المؤمنين وهما شاهدان وروى أبو عبيد في الناسخ المنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان قال أحمد اهل المدينة ليس عندهم حديث أبي موسى من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله ﷺ وقضاء الصحابة وعلمهم بما ثبت في الكتاب والسنة فتمين المصير اليه والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه

(الخامس) ان يكون ممن يحفظ فلا تقبل شهادة مغفل ولا معروف بكثرة الغلط والنسيان لان الثقة لا تحصل بقوله لاحمال ان يكون من غلطه وتقبل شهادة من يقل ذلك منه لأن احداً لا يسلم من الغلط .

(فصل) قل رحمه الله (السادس) (العدالة) وهي استواء احواله في دينه واعتدال اقواله وافعاله وقيل العدل من لم تظهر منه ريبة ويعتبر له شيطان الصلاح في الدين وهو أداء الفرائض واجتناب المحارم وهو ان لا يرتكب كبيرة ولا يدمن على صغيرة) فان الله تعالى نهى ان تقبل شهادة القاذف

شهادة صاحب حمام ولا حمام وذلك لانه سفه ودناءة وقلة مروءة ويتضمن أذى الجيران بطريقه وإشرافه على دورهم ورميه إياها بالحجارة

وقد رأى النبي ﷺ رجلاً يتبع حماماً فقال « شيطان يتبع شيطانة » وإن اتخذ الحمام لعناب فرائخها أو لحل الكتب أو للانس بها من غير أذى يتعدى إلى الناس لم ترد شهادته . وقد روى عبادة ابن الصامت أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فشكى إليه الوحشة فقال « اتخذ زوجاً من حمام »

(فصل) قلنا المسابقة المشروعة بالخليل وغيرها من الحيوانات أو على الاقدام فباحة لادناءة فيها ولا ترد به الشهادة ، وقد ذكرنا مشروعية ذلك في باب المسابقة وكذلك ملقي معناه من التوقف واللعب بالحرايب وقد لعب الحبشة بالحرايب بين يدي رسول الله ﷺ وقامت عائشة خلفه تنظر اليهم وتستتر به حتى مات ولان في هذا تعلماً للحرب فانه من آلاته فاشبه المسابقة بالليل والمناظلة وضائر اللعب إذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلاً عن فرض فلا صل إباحته فإكل منه فيه دناءة يترفع عنه ذور الروايات منع الشهادة إذا فعله ظاهراً وتكرر منه ، وما كمن منه لادناءة فيه لم ترد بها الشهادة بحال

فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ولا يخرج به عن العدالة . قل صغيرة لقول الله تعالى (الذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش إلا اللمم) قيل اللمم صغار الذنوب . ولان التحرز منها غير ممكن وجاء عن النبي ﷺ انه قال « ان تغفر اللهم تغفر جماً وأي عبد لك لا ألماً » اي لم يعلم فان لامع الماضي بمنزلة لم مع المستقبل وقيل اللمم ان يعلم بالذنوب ولا يعود فيه والكبائر كل ذنب فيه حد والاشراك بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين ، وقد روى ابو بكره ان رسول الله ﷺ قال « الا انبئكم بأكبر الكبائر الاشرار بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين — وكان متكئاً فجلس فقال — الا وقول الزور وشهادة الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت مثق عليه قل احمدا لا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ولا من لا يؤدي زكاة ماله ، وإذا اخرج في طريق المسلمين الاسطوانة والكيف لا يكون عدلاً ولا يكون ابنه عدلاً إذا ورث أباه حتى يرد ما أخذ من طريق المسلمين ولا يكون عدلاً إذا كذب الكذب الشديد لان النبي ﷺ رد شهادة رجل في كذبة . وقال عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود في حد ولا ذي غمر على أخيه في عداوة ولا القاطع لاهل البيت ولا مجرب عليه شهادة زور ولا ضنين في قرابة ولا ولاء » وقد رواه أبو داود « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » فاما الصغار فان كان مصرّاً عليها ردت شهادته . وإن كان الغالب من امره الطاعات لم ترد لما ذكرنا من عدم إمكان التحرز منه .

﴿ مسألة ﴾ (ولا تقبل شهادة فاسق لقوله سبحانه وتعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم)

﴿فصل في الملاحى﴾

وهى على ثلاثة أضرب (محرم) وهو ضرب الاوتار والنايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزفة والرباب ونحوها فمن أدام استماعها ردت شهادته لانه يروى عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا ظهرت في أمتي خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء » فذكر منها اظهار المازف والملاحى

وقال سعيد ثنا فرج بن فضالة عن علي بن يزيد عن القاسم عن أبي أمامة قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله يشني رحمة للمالين وأمرني بمحق المازف والمزامير لا يحمل بينهم ولا يثراؤهن ولا تعليمهن ولا انتجارة فيهن ومنهن حرام » يعني الضاربات

وروى نافع قال : سمع ابن عمر مزمراً قال فوضع أصبعيه في أذنيه وتأنى عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئاً ؟ قال قلت لا ، قال فرفع أصبعيه من أذنيه وقال : كنت مع النبي ﷺ فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا . رواه خلال في جامعه من طريقين ، ورواه أبو داود في سننه وقال حديث منكر

وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة الزمار وقالوا لو كان حراماً منع النبي ﷺ ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ولأنكر على الزمار بها قلنا أما الاول فلا يصح لان المحرم استماعها

وقال سبحانه (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) الآية والشهادة نبأ فيجب ان توقف عنه وقد روي في الحديث « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الاسلام ولا ذي غمر على أخيه » رواه أبو عبيد وكان أبو عبيد لا يرى الخائن والخائنة مختصاً بإمانات الناس بل جميع ما فرض الله تعالى على العباد القيام به واجتنابه من كبير ذلك وصغيره قال الله تعالى (انا عرضنا على السموات والارض والجبال) الآية وروي عن عمر أنه قال لا يؤسر رجل بغير العدل ولان دين الفاسق لا يزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن ان لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره إذا تقرر هذا فالفسق نوعان :

(أحدهما) من جهة الافعال فلا خلاف في رد شهادته (الثاني) من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضاً . وبه قال مالك وشريك واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور قال شريك لزبعة لا تجوز شهادتهم رافضي يزعم أنه له اماما مقترضة طاعته وخارجي يزعم ان الدنيا دار حرب وقد يزعم ان المشيئة اليه ومرجى ، ورد شهادة يعقوب وقال الاراد شهادة قوم يزعمون ان الصلاة ليست من الايمان ؟ وقال ابو حامد من اصحاب الشافعي المختلفون على ثلاثة اضرب (ضرب) اختلفوا في الفروع فهو لا يفسقون ولا ترد شهادتهم وقد اختلفت الصحابة في الفروع ومن يهدم من التابعين

دون سماعها والاستماع غير السماع ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سد أذنيه وقال الله تعالى (وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) ولم يقل سدوا آذانهم والمستمع هو الذي يقصد السماع ولم يوجد هذا من ابن عمر وإنما وجد منه السماع ولأن بالنبي ﷺ حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه لأنه عدل عن الطريق وسد أذنيه فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه عن أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فأبيح للحاجة

وأما الإنكار فلعله كان في أول الهجرة حين لم يكن الإنكار واجباً أو قبل إمكان الإنكار لكثرة الكفر وقلة أهل الإسلام . فإن قيل فهذا الخبر ضعيف فإن أبا داود رواه وقال هو حديث منكر . قلنا قد رواه الخلال بإسناده من طريقين فليعلل أبا داود ضعفه لأنه لم يتم له إلا من إحدى الطريقين وضرب مباح وهو الدف فإن النبي ﷺ قال « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » أخرجه مسلم . وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي أنه مكروه في غير النكاح لأنه يروى عن عمر أنه كان إذا سمع صوت الدف يمشي فنظر فإن كان في وليمة سكنت وإن كان في غيرها عمد بالدرة

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أن امرأة جاءت به فقالت إني نذرت إن رجعت من سفر فأسألكم ما لم أكن أسألكم بالدف فقلت لا بأس به . وأبو داود . ولو كان مكروهاً لم يأمرها به وإن كان مندوراً

(الثاني) من نفسه ولا تكفره وهو من سب القرابة كالخوارج أو من سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك

(الثالث) من تكفره وهو من قال بخلق القرآن ونفى الرؤية وأضاف المشيئة إلى نفسه فلا تقبل له شهادة وذكر القاضي أبو يعلى مثل هذا سواء قال وقال أحمد ما توجبني شهادة الجهمية والرافضة والقدرية المعانة وظاهر قول الشافعي وابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الأهواء وأجاز سوار شهادة ناس من بني العنبر ممن يرى الاعتزال قال الشافعي إلا أن يكون ممن يرى الشهادة بالكذب كالخطابية وهم أصحاب أبي الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه

ووجه قول من أجاز شهادتهم أنه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام أشبه الاختلاف في الفروع ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تديناً واعتقاداً أنه الحق ولم يرتكبوه عالمين بتحريمه بخلاف فسق الأفعال .

(مسألة) (ويتخرج قبول شهادة أهل الذمة على قبول شهادة الفاسق من جهة الاعتقاد المتدين به إذا لم يتدين بالشهادة لموافقته على مخالفته كالخطابية .

وكذلك قال أبو الخطاب . وروي عن أحمد جواز الرواية عن القدري إذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة .

وروت الربيع بنت معوذ قالت : دخل علي رسول الله ﷺ صبيحة بنى بني فجعلت جويزات يضربن بدف لمن ويندبن من قتل من آبائي يوم بدر إلى أن قالت إحداهن وفيما نبي يعلم ما في غد فقال « دعي هذا وقولي الذي كنت تقولين » متفق عليه

وأما الضرب به للرجال فكروه على كل حال لأنه إنما كان يضرب به النساء والخشون المتشبهون بهن ففي ضرب الرجال به تشبه بالنساء وقد لعن النبي ﷺ المتشبهين من الرجال بالنساء فاما الضرب بالتضييب فكروه إذا انضم إليه محرم أو مكروه كالنصفين والغناء والرقص وإن خلا عن ذلك كله لم يكره لأنه ليس بألة ولا يطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاهي ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا

(فصل) واختلف أصحابنا في الغناء فذهب أبو بكر الخلال وصاحبه أبو بكر عبد العزيز إلى إباحته ، قال أبو بكر عبد العزيز والغناء والنوح معنى واحد مباح ما لم يكن معه منكر ولا فيه طعن وكان الخلال يحمل الكراهة من أحمد على الأفعال المذمومة لأعلى القول بعينه وروي عن أحمد أنه سمع عند ابنه صالح قوالاً فلم ينكر عليه وقال له صالح يا أباي أليس كنت تكره هذا ؟ فقال إنه قيل لي إنهم يستعملون المنكر . ومن ذهب إلى إباحته من غير كراهة سعد بن إبراهيم وكثير من أهل المدينة والعنبري لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : كانت عندي جاريتان

ولنا أنه أحد نوعي الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر ولأنه فاسق فترد شهادته للآية (ثم - ثلثة) (فاما من فعل شيئاً من الفروع المختلف فيها فتزوج بغير ولي أو شرب من النبيذ ولا يسكره أو أخرج الحج مع إمكانه ونحوه متأولاً فلا ترد شهادته) وإن فعله معتقداً بتحريمه ردت شهادته . ويحتمل أن لا ترد نص عليه أحمد في شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته . وبهذا قال لشافعي وقال مالك ترد شهادته لأنه فعل ما يعتقده الحاكم تحريمه فاشبه المتفق على تحريمه

ولنا إن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يختلفون في الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ولأنه فرع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذي يوافقه عليه الحاكم ، فاما إن فعله معتقداً بتحريمه ردت شهادته إذا تكرر ويحتمل أن لا ترد وبه قال أصحاب الشافعي لأنه فعل لا يرد شهادة بعض الناس فلا يرد شهادة البعض الآخر كالمتفق على حله

ووجه الأول أنه فعل محرم على فاعله ويأثم به فاشبه المتفق على تحريمه ، وبهذا ذارق معتقد حله وقد روي عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور فاما من يعتقده أنه على التراخي وبتركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ما ذكرنا وقيل ترد لأنه (المغني والشرح الكبير) (٦) (الجزء الثاني عشر)

تغنيان فدخل أبو بكر فقال مزموه الشيطان في بيت رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ «دعها فلها أيام عيد» متفق عليه

وعن عمر رضي الله عنه انه قال الفناء زاد الراكب . واختار القاضي انه مكروه غير محرم وهو قول الشافعي قال هو من الالهو المكروه ، وقال احمد الفناء ينبت النفاق في القلب لا يعجبني وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه ، قال أحمد في من مات وخلف ولداً يتما وجارية مغنية فاحتاج الصبي إلى بيعها تباع ساذجة قيل له إنها تساوي مغنية ثلاثين ألفاً وتساوي ساذجة عشرين ديناراً قال لا تباع إلا على أنها ساذجة . واحتجوا على تحريمه بما روي عن ابن الحنفية في قوله تعالى (واجتنبوا قول الزور) قال الفناء ، وقال ابن عباس وابن مسعود في قوله (ومن الناس من يشري لهو الحديث) قال هو الفناء .

وعن أبي امامة أن النبي ﷺ نهي عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن حرام ، أخرجه الترمذي وقال لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم وروى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال «الفناء ينبت النفاق في القلب» والصحيح انه من قول ابن مسعود وعلى كل حال من اتخذ الفناء صناعة يؤتى له ويأتي له أو اتخذ غلاماً أو جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له لأن هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ومن حرمه فهو مع سفه غاص مصر متظاهر بفسوقه ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وإن كان لا ينسب نفسه إلى الفناء وإنما يترحم لنفسه ولا يعني الناس أو كان غلامه وجاريته إنما يفتيان له ابني هذا على الخلاف فيه فن أباحه أو كرهه لم ترد شهادته ومن حرمه قال إن داوم عليه ردت شهادته كسائر الصفات وإن

روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لقد هممت أن انظر في الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ثم قال مام بمسلمين مام بمسلمين

(مسئلة) الثاني (استعمال الروءة وهو فعل ما يجمله ويزينه وترك ما يندسه ويشينه فلا تقبل شهادة المصانع ، والمتسخر ، والمغني ، والرقاص ، واللاعب بالشرنج ، والترد ، والحمام والذي يتغدى في السوق ويمد رجله في جمع الناس ويحدث بمباضعته أهله وأمه ويدخل الحمام بغير منزر ونحو ذلك)

المروءات اجتناب الامور الدنيئة المزرية به وذلك نوعان (أحدهما) في الافعال كالاكل في السوق وهو الذي ينصب مائدة في السوق ويأكل والناس ينظرون اليه ولا يعني أكل شيء يسير كالكرسة ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجله في جمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به أو يخاطب امرأته أو أمته أو غيرها بمحضرة الناس الخطاب الفاحش أو يحدث الناس بمباضعته أهله أو نحو هذا من الافعال الدنيئة فلا تقبل شهادته لأن هذا سفه ودناءة فمن

لم يداوم عليه لم ترد شهادته وإن فعله من يعتقد حله بقياس المذهب أنه لا ترد شهادته بما لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع ومن كان يغني بيوت الغناء أو يفشاء الفنون للسمع متظاهراً بذلك وكفر منه ردت شهادته في قولهم جميعاً لأنه سفه ودناءة وإن كان معتبراً به فهو كالمغني لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه .

(فصل) وأما الحداء وهو الانشاد الذي تساق به الإبل فباح لأبأس به في فعله واسماعه لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنا مع رسول الله ﷺ في سفر وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال وكان انجشة مع النساء فقال النبي ﷺ لابن رواحة « حرك بالقوم » فاندفع يرتجز فتبعه انجشة فاعتقت الإبل فقل النبي ﷺ « لا نجشة رويدك رفقا بالقوارير » يعني النساء وكذلك ذئيد الأعراب وهو النصب لأبأس به وسائر أنواع الانشاد ما لم يخرج إلى حد الغناء وقد كان النبي ﷺ يسمع إنشاد الشعر فلا يذكره . والغناء من الصوت ممدود مكسور والغني من المال مقصور والحداء مضموم ممدود كاللداء والرعاء ويجوز الكسر كالداء والمجاء والغذاء (فصل) والشعر كالكلام حسنه كحسنة وقبيحه كقبيحة وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « إن من الشعر لحكمة » وكان يضع لسان منبراً يقوم عليه فيهبجو من هجي رسول الله ﷺ والمسلمين وأنشده كعب بن زهير قصيدة « بانت سعاد قلبي اليوم مبتول * في المسجد وقال له عمه العباس يارسول الله إني أريد أن امتدحك فقال قل لا يفضض الله فاك فأنشده

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق
وقال عمرو بن الشريد أردفني رسول الله ﷺ فقال « أمعك من شعر أمية ؟ قلت نعم فأنشدته
يبتا فقال « هيه » فأنشدته يبتا فقال « هيه » حتى أنشدته مائة قافية وقال النبي ﷺ يوم حنين

رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة ولا تحصل الثقة بقوله قال أحمد في رجل شتم بهيمة قال الصالحون لا تقبل شهادته حتى يتوب ، وقد روى ابن مسعود البديري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستح فاصنع ما شئت » يعني من لم يستح صنع ما شاء ولأن المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ولهذا يمنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين فقد روي عن أبي سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبي ﷺ وصفته قال والله لولا أني كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبته ولم يكن يومئذ ذا دين ولأن الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدناءة وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت في العدالة كالدين ومن فعل شيئاً من هذا مختمياً به لم يمنع من قبول شهادته لأن مروءته لا تنقطع به وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلاً لم ترد شهادته لأن صغير المعاصي لا يمنع الشهادة إذا قل فمذا أولى ولأن المروءة لا تختل بقليل هذا ما لم يكن عادة .

أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب
وقد اختلف في هذا فقيل ليس بشعر وإما هو كلام وزون وقيل بل هو شعر ولكنه بيت
واحد قصير فهو كالنثر ويروى أن أبا الدرداء قيل له ما من أهل بيت في الانصار إلا وقد قال
الشعر قال وأنا قد قلت .

يريد المرء أن يعطى مناه ويأبى الله إلا ما أراذا
يقول المرء فاندتني ومالي وتقوي الله افضل ما استفادا
وليس في إباحة الشعر خلاف وقد قاله الصحابة والعلماء والحاجة تدعو اليه لمعرفة اللغة والعربية
والاستشهاد به في التفسير وتعرف معاني كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ ويستدل به أيضاً على
النسب والتاريخ وأيام العرب ويقال الشعر ديوان العرب فإن قيل فقد قال الله تعالى (والشعراء يتبعهم
الغماور) وقال النبي ﷺ «لئن يمتليء جوف أحدكم قيحاً حتى يريه خير له من أن يمتليء شعراً»
رواه أبو داود وأبو عبيد وقال معنى يريه يأكل جوفه يقال وراه يريه قال الشاعر :
وراهن ربي مثل ما قد ورينتي وأحى على أكبادهن المكوايا
قلنا أما الآية فلما راد بها من أسرف وكذب بدليل وصفه لم بقوله (ألم تر أنهم في كل واد يهيمون
أنهم يقولون ما لا يفعلون؟) ثم استثنى المؤمنين فقال (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله

(فصل في اللعب)

كل لعب فيه قمار فهو محرم. أي لعب كان وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ومن
تكرر منه ذلك ردت شهادته وما خال القمار وهو اللعب الذي لا عوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما
فمنه ماهو محرم ومنه ماهو مباح فاللعب بالنرد وهذا قول أبي حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي
وقال بعضهم هو مكروه غير محرم.

ولنا ما روى أبو موسى قال سمعت رسول الله ﷺ قال «من لعب بالنردشير فقد عصي الله
ورسوله» . وروى بريدة أن النبي ﷺ قال «من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير
ودمه» . رواه أبو داود وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم. إذا ثبت
هذا فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قماراً أو غير قمار وهو قول أبي حنيفة ومالك
وظاهر مذهب الشافعي . وقيل مالك : من لعب بالشطرنج والنرد فلا أرى شهادته إلا باءالة لأن الله
تعالى قال (فإذا بعد الحق إلا الضلال) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال

(فصل) والشطرنج كالنرد في التحريم إلا أن تحريم النرد أكد لورود النص في تحريمه وهذا
في معناه فيثبت فيه حكمه قياساً عليه، وذكر القافني أبو الحسين ممن ذهب إلى تحريمه علي بن أبي طالب

كثيراً) ولأن الغالب على الشعراء قلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الأبرياء سيما من كان في ابتداء الإسلام ممن يهجو المسلمين ويهجو النبي ﷺ ويعيب الإسلام ويمدح الكفار فوقع الذم على الاغلب واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة فلا ية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة

وأما الخبر فقال أبو عبيد معناه أن يغاب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن والفقه وقيل المراد به ما كان هجاء وخشافاً كان من الشعر يتضمن هجو المسلمين والتدح في أعراضهم أو التشبيب بامرأة بعينها والافراط في وصفها فذكر أصحابنا أنه محرم وهذا إن أريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح وأما على رأيه فلا يصح فإن المأزني تروى فيها قصائد الكفار الذين هاجوا لها أصحاب رسول الله ﷺ لا يذكر ذلك أحد وقد روي أن النبي ﷺ أذن في الشعر الذي تناولت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرهما إلا قصيدة أمية بن أبي الصلت الحائية ، وكذلك يروى شعر قيس بن الخطيم في التشبيب بممرة بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة وأم النعمان بن بشير

وقد سمع النبي ﷺ قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبيب بسعاد ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر . وروينا أن النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الخطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل أن فيها ذكر أمه فقال النعمان دعوه فإنه لم يقل بأساً إنما قال وعمره من سرورات النساء تنفع بالمسك أردانها

وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومطر الوراق ومالك وأبا حنيفة وذهب الشافعي إلى إباحته وحكي ذلك أصحابه عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بأن الأصل الإباحة ولم يرد بتحريمه نص ولا هو في معنى المنصوص عليه فيبقى على الإباحة ويفارق الشطرنج النرد من وجهين (أحدهما) أن في الشطرنج تدبير الحرب فأشبهه اللعب بالحرب والرمي بالنشاب والمساابقة بالخيال

(والثاني) أن المول في النرد على ما يخرج الكوبتان فأشبهه الأزام والمول في الشطرنج على حذقه وتدييره فأشبهه المساابقة بالسهام

ولنا قول الله سبحانه وتعالى (إنما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) قال علي رضي الله عنه الشطرنج من الميسر ومن رضي الله عنه على قوم فقال ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ؟ قل أحمد أصبح ما في الشطرنج قول علي رضي الله عنه وروى وأثلة بن الأسقع قال قال رسول الله ﷺ « إن لله عز وجل في كل يوم ستانة وستين نظرة ليس لأصاحب الشاه فيها نصيب » ولأنه لم يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فأشبهه اللعب بالنرد وقولهم لا نص فيها وقد ذكرنا فيها نصاً وهو في معنى المنصوص على تحريمه وقولهم أن فيها تدبير الحرب قلنا لا يقصد هذا

وكان عمران بن طلحة في مجلس فقام رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكتوه من أجله فقال دعوه فان قاتل هذا الشعر كان زوجها
فاما الشاعر فتي كان يهجو المسلمين أو يمدح بالكذب أو يقذف مسلماً أو مسلمة فان شهادته ترد
وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره وقد قيل أعظم الناس ذنباً رجل يهاجي رجلاً فيهمجو القبيلة
باسرها . وقد روي أن أبا دلامة شهد عند قاض أظنه ابن أبي ليلى يخاف أن يرد شهادته فقال
إن الناس غطوني تغطيت عنهم وإن بحثوا عني ففيهم مباحث
فقال القاضي ومن يبحك يا أبا دلامة وغرم المال من عنده ولم يظهر أنه رد شهادته

﴿ فصل في قراءة القرآن بالالحن ﴾

أما قراءته من غير تلحين فلا بأس به وإن حسن صوته فهو أفضل فان النبي صلى الله عليه وسلم
قال « زينوا أصواتكم بالقرآن — وروي — زينوا القرآن بأصواتكم — وقال — لقد أوتي أبو
موسى مزماراً من مزامير آل داود »
وروي أن النبي ﷺ قال لابي موسى « لقد مررت بك ببارحة وأنت تقرأ ولقد أوتيت مزماراً
من مزامير آل داود » فقال أبو موسى لو أعلم أنك تسمع لجرت لك تحبيراً

منها وأكثر اللاعبين بها إنما يقصدون منها اللعب والقمار وقولهم ان العول فيها على تدبيره فهو أبليغ
في إشغاله بها وصددها عن ذكر الله وعن الصلاة . إذا ثبت هذا فقال أحمد النرد أشد من الشطرنج
انما قل ذلك لورود النص في النرد بخلاف الشطرنج . إذا ثبت هذا فقل القاضي : هو كالنرد في رد
الشهادة وهو قول أبي حنيفة ومالك لا اشتراكهما في التحريم وقول أبو بكر ان فعله من يعتقده يحرمه
فهو كالنرد في حقه وإن فعله من يعتقده بإباحته لم ترد شهادته الا ان يشغله عن الصلاة في أوقاتها أو
يخرجه إلى الحلف الكاذب أو نحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق أو يفعل في لعبه ما يستخف
به من أجله ونحو هذا مما يخرج عن المروءة ، وهذا مذهب الشافعي وذلك لانه مختلف فيه أشبه
سائر المختلف فيه

(فصل) فاما اللاعب بالحمام يطيرها فلا شهادة له وهذا قول أصحاب الرأي وكان شريح لا يميز
شهادة صاحب حمام ولا حمام ولانه سفه ودناءة وقلة مروءة وينضمن اذي الجيران واشرافه على
دورهم ورميه اياها بالحجارة ، وقد روي ان النبي ﷺ رأى رجلاً يتبع حماماً فقال « شيطان يتبع
شيطانة » فان أخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل الكتب أو للانس بها من غير اذى يتعدى إلى
الناس فلا بأس ، وقد روى عبادة بن الصامت أن رجلاً أتى النبي ﷺ فشكا اليه الوحشة فقال
« اتخذ زوجاً من الحمام »

وروي ان عائشة رضي الله عنها أبطأت على النبي ﷺ ليلة فقال « أين كنت يا عائشة ؟ » فقالت يا رسول الله كنت أستمع قراءة رجل في المسجد لم أسمع أحداً يقرأ أحسن من قراءة تفقام النبي ﷺ فاستمع قراءته ثم قال « هذا سالم مولى أبي حذيفة الحمد لله للذي جعل في أمي مثل هذا » وقال صالح قلت لأبي « زينوا القرآن بأصواتكم » ما معناه ؟ قال أن يحسنه وقيل له نامعني « من لم يتغن بالقرآن » قال يرفع صوته به وهكذا قال الشافعي وقال الليث يتحزن به ويتخشع به ويتباكى به ، وقال ابن عيينة وعمر بن الحارث وو كيع يستغني به

فأما القراءة بالتلحين فينظر فيه فان لم يفرط في التمليط والمد واشباع الحركات فلا بأس به فان النبي ﷺ قد قرأ ورجع ورفع صوته قال الراوي لولا أن يجتمع الناس علي لحكيت لكم قراءته . وقال عليه السلام « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » وقال « ما أذن الله شيء كاذبه لني حسن الصوت يتغن بالقرآن بجهر به » ومعنى أذن : استمع . قال الشاعر * في سماع يأذن الشيخ له * وقال القاضي هو مكروه على كل حال ونحوه قول أبي عبيد وقال معنى قوله « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » أي يستغني به قال الشاعر

وكننت امرأاً زمناً بالمراق عفيف المناخ كثير المتغني

(فصل) فأما المسابقة المشروعة بالخیل وغيرها من الحيوانات أو على الاقدام فباحة ولا دناءة فيها ولا ترد بها الشهادة وقد ذكرنا مشروعية ذلك في باب المسابقة وكذلك ما في معناها من انتقام والعب بالحرب وقد لعب الحبشة بين يدي النبي ﷺ بالحرب وقامت عائشة رضي الله عنها تنظر اليهم وتستتر به حتى ملت وسائر اللعب إذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلا عن فرض فلا صل اباحتها فما كان فيه دناءة يرفع عنه ذوا الرواءات منع الشهادة إذا فعله ظاهراً وتكرر منه ومالا دناءة فيه لم ترد الشهادة به بحال

﴿ مسألة ﴾ (فأما الشين في الصناعة كالحجام والحائك والنحال والنفاط واقام الزبال والشعوذ والدياغ والحارس والكناس فهل تقبل شهادتهم إذا حسنت طرائقهم ؟ على وجهين)
الصناعات الدنيئة كالكساح والكباش لا تقبل شهادتهما لما روى سعيد في سننه أن رجلاً أتى ابن عمر فقال له أي رجل كناس فقال له أي شيء تكنس ؟ الزبل قال لا قال فالعذرة ؟ قال نعم قال الاجر خبيث وما تزوجت فخيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه وعن ابن عباس مثله في الكساح ولان هذا دناءة يجتنبه أهل الرواءات فاشبه الذي قبله فاما الزبال ونحوهم ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل شهادتهم لانها دناءة فيجتنبها أهل الرواءات فهو كالذي قبله (والثاني) يقبل لان الناس اليه حاجة فلي هذا الوجه انما تقبل شهادته إذا كان ينتظف للصلاة في وقتها ويصلبها فان صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجهاً واحداً ، وأما الحائك والحارس والدياغ فهو أعلى من هذه الصنائع فلا ترد به

قال ولو كان من الغناء بالصوت لمكان من لم يغن بالقرآن ليس من النبي ﷺ وروى نحوه هذا التفسير عن ابن عينة . وقال القاضي احمد بن محمد البرقي هذا قول من أدركنا من أهل العلم . وقال الوليد بن مسلم يتغنى بالقرآن بجهر به وقيل يحسن صوته به

والصحيح ان هذا القدر من التلحين لا بأس به لانه لو كان مكروهاً لم يفعلها النبي ﷺ ولا يصح حمله على التغني في حديث « ما أذن الله لشيء كاذنه لني يتغنى بالقرآن » على الاستغناء لان معنى أذن استمع وإنما تستمع القراءة، ثم قال بجهر به والجهر صفة القراءة لا صفة الاستغناء . فأما إن افراط في المد والتعطيل وإشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واوآ والفتحة ألفاً والكسرة ياء كره ذلك ومن اصحابنا من يحرمه لانه يغير القراءات ويخرج الكلمات عن وضعها ويجعل الحركات حروفاً

وقد رويتنا عن أبي عبد الله ان رجلاً سأل عن ذلك فقال له ما اسمك؟ قال محمد قال أيسرك ان يقال لك يا موحد؟ قال لا فقال لا يعجبني ان يتعلم الرجل الا الحان إلا أن يكون حرمه مثل حرم أبي موسى فقال له رجل فيكلمون فقال لا كل ذاء، واتفق العلماء على أنه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين، وروى بريدة قال قال رسول الله ﷺ « اقرؤا القرآن بالحرز فانه نزل بالحرز » وقال المروذي سمعت ابا عبد الله قال لرجل لو قرأت وجعل ابو عبد الله ربما تغرغرت عينه وقال زهير بن حرب كنا عند يحيى القطان فجاء محمد بن سعيد الترمذي فقال له يحيى اقرأ فقراً

الشهادة وذكر شيخنا فيها وجهين وكذلك ذكرها أبو الخطاب والاولى قبول شهادة الحائث والحارس والدباغ لانه قد تولاها كثير من الصالحين وأهل الروايات وأما سائر الصنائع التي لا دناءة فيها فلا ترد الشهادة بها إلا من كان منهم يحلف كاذباً أو يحد ويخاف وغلب هذا عليه فان شهادته ترد وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها ولا يتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالمصانغ والصيرفي ولم يتق ذلك ردت شهادته

﴿ فصل في الملاهي ﴾

وهي على ثلاثة أضرب : محرم وهو ضرب الاوتار والنايات والزماير كلها والودود والطنبور والدزفة والرباب ونحوها فن أدام اسماعها ردت شهادته لانه يروى عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « إذا ظهر في أمي خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء » ذكر منها إضمار المازف والملاهي وقال سعيد ثنا فرج بن فضالة عن علي بن يزيد عن القاسم عن أبي ابامة قال قال رسول الله ﷺ « إن الله بعثني رحمة للعالمين وأمرني بحقوق المازف والزماير لا يحل بيعهن ولا شراءهن ولا التجارة بهن ومنهن حرام » يعني الضاربات وروى نافع قال سمع ابن عمر مزماراً فوضع أصبعيه على أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئاً؟ قال قلت لا قل فرفع أصبعيه من أذنيه وقال

فقشي على يحيى حتى حل فأدخل ، وقال محمد بن صالح المدوي قرأت عند يحيى بن سميد القطان فقشي عليه حتى فاتته خمس صلوات

(فصل) ولا تقبل شهادة الطفيلي وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال « من أتى إلى طعام لم يدع إليه دخل سارقاً وخرج مبرأ » ولأنه يأكل محرماً ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة فإن لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لأنه من الصفات

(فصل) ومن سأل من غير أن يحل له المسئلة فأكثر ردت شهادته لأنه فعل محرماً وأكل سحتاً وأتى دناءة ، وقد روى قبيصة قال قال رسول الله ﷺ « ان المسئلة لا تحل إلا لأخذ ثلاثة : رجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش — أو — سداداً من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش — أو — سداداً من عيش ورجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيدها ثم يمسك فما سوى ذلك من المسئلة فهو سحت يأكله صاحبه سحتاً يوم القيامة » رواه مسلم وأما السائل ممن تباح له المسئلة فلا ترد شهادته بذلك إلا أن يكون أكثر عمره سائلاً أو يكسر ذلك منه فينبغي أن ترد شهادته لأن ذلك دناءة وسقوط مروءة ومن أخذ من الصدقة ممن يجوز له

كنت مع النبي ﷺ فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا رواه الخلال في جامعه من طريقين ورواه أبو داود في سننه وقال حديث منكر وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة الزمار وقالوا لو كان حراماً لمنع النبي ﷺ ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ولا نكر على الزامر بها قلنا الاول لا يصح لأن المحرم استماعها دون سماعها والاستماع غير السماع ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سد أذنيه قال الله تعالى (وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) ولم يقل سدوا أذانهم والمستمع هو الذي يقصد السماع ولم يوجد هذا من ابن عمر وإنما وجد السماع ولأن النبي ﷺ حجة إلى معرفة انقطاع سماع الصوت عنه لأنه عدل عن الطريق وسد أذنيه فلم يكن يرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه من أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فأبيح للعاجلة وأما الانكار فلم له كان في أول الهجرة حينما لم يكن الانكار واجباً أو قبل امكان الانكار لكثرة الكفار وقلة أهل الاسلام فان قيل فهذا الخبر ضعيف فان أبا داود ورواه وقال هو حديث منكر قلنا قد رواه الخلال من طريقين قلنا أبا داود وضعفه لأنه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين (وضرب مباح) وهو الدف فان النبي ﷺ قال « اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » أخرجه مسلم وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي أنه مكروه في غير النكاح لأنه يروى عن عمر أنه كان إذا سمع صوت الدف بث فنظر فان كان في وليمة سكت وان كان في غيرها عمد الدرة

الأخذ من غير مسألة لم ترد شهادته لانه فعل جائز لاداءة فيه وان أخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لانه مصر على الحرام

(فصل) ومن فعل شيئاً من الفروع مختلفاً فيه معتقداً بإباحته لم ترد شهادته كالتزوج بغير ولي أو بغير شهود وآكل متروك التسمية وشارب يسير النبيذ نص عليه أحمد في شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ترد شهادته لانه فعل ما يعتقده الحاكم تحريمه فأشبه المتفق على تحريمه ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يختلفون في الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا ينسقه ولانه نوع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذي يوافق عليه الحاكم وإن فصل ذلك معتقداً تحريمه ردت شهادته به اذا تكرر، وقال أصحاب الشافعي لأرد شهادته به لانه فعل لا ترد به شهادة بعض الناس فلا ترد به شهادة البعض الآخر كالتفق على حله

ولنا انه فعل يحرم على فاعله ويأثم به فاشبه الجميع على تحريمه وبهذا فارق معتقد حله وقدروي عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور، فاما من يعتقد انه على التراخي ويتركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ما ذكرنا ويحتمل أن ترد شهادته مطلقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من قدر على الحج فلم يحج فليمت إن شاء يهوديا أو نصرانياً » وقال

ولنا ما روي عن النبي ﷺ ان امرأة جاءت به فقالت إني نذرت إن رجعت من سفرك سالماً أن أضرب على رأسك بالدف فقال النبي ﷺ « أوف بندرك » رواه أبو داود ولو كان مكروها لم يأمرها به وإن كان مندوراً، وروى الربيع بنت معوذ قالت دخل علي رسول الله ﷺ صبيحة بني بني ففعلت جوريات يضربن بدف لمن ويندين من قتل من أبائي يوم بدر إلى أن قالت إحداهن وفيئاني يعلم ما في غد فقال دعي هذا وقولي الذي كنت تقولين « متفق عليه فاما الضرب به للرجال فهو مكروه على كل حال لانه إنا يضرب به النساء والنحشون، والمشبهون بهن ففي ضرب الرجال به شبه بالنساء. فاما الضرب بالقضيب فيكره إذا انضم اليه مكروه أو محرم كالتصفيق والغناء والرقص وإن خلا عن ذلك كله لم يكره لأنه ليس بآلة لهو ولا بطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاحى، ومنهـب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا

(فصل) واختلف اصحابنا في الغناء فذهب الحلال وصاحبه أبو بكر عبدالعزيز إلى إباحته قال أبو بكر عبدالعزيز الغناء والنوح معنى واحد مباح ما لم يكن معه منكر ولا فيه طعن فان الخلال يحمل الكراهة من أحد على الانتماء للذمومة لا على القول بعينه، وروي عن أحمد انه سمع من عند ابنه صالح قوالاً فلم ينكر عليه، وقال له صالح يا أبا اليس كنت تكرههم فقال قيل لي انهم يستعملون المنكر، ومن ذهب إلى إباحة الغناء من غير كراهة إبراهيم بن سعد وكثير من أهل المدينة والصنبري لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كانت عندي جارتان تغنيان فدخل أبو بكر فقال ضرور

عمر لقد هممت أن أنظر في الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ثم قال
مام بمسلمين مام بمسلمين

(مسئلة) قال (وتجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم)

وجائته أنه إذا شهد بوصية المسافر الذي مات في سفره شاهدان من أهل الذمة قبلت شهادتهما
إذا لم يوجد غيرها ويستحلان بعد العصر ما خانا ولا كتما ولا اشتريا به ثمنا ولو كان ذاقربى ولا
نكتم شهادة الله أنا إذا لم نالآمين

قال ابن المنذر وبهذا قال أكابر الماضين يعني الآية التي في سورة المائدة ، ومن قاله شريح
والنخعي والأوزاعي ويحيى بن حمزة وقضى بذلك ابن مسعود وأبو موسى رضي الله عنهما
وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا تقبل لأن من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل في الوصية
كالفاسق ولأن الفاسق لا تقبل شهادته فالكافر أولى واختلفوا في تأويل الآية فمنهم من حملها على
التحمل دون الاداء ومنهم من قال المراد بقوله من غيركم أي من غير عشيرتكم ومنهم من قال
الشهادة في الآية للمين

الشیطان في بيت رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ «دعها فإنها أيام عید» متفق عليه، وعن
عمر رضي الله عنه أنه قال الغناء زاد الزاكب واختار القاضي أنه مكروه غير محرم وهو قول الشافعي
وقال من اللهو المكروه ، وقال أحمد الغناء ينبت النفاق في القلب لا يعجبني ، وذهب آخرون من
أصحابنا إلى تحريمه قال أحمد فيمن مات وخاف ولدا يتما جارية مغنية فاحتاج الصبي إلى بيعها تباع
ساذجة قيل له إنها تساوي مغنية ثلاثين ألفا وتساوي ساذجة عشرين دينارا فقال لا تباع إلا على أنها
ساذجة واحتجوا على تحريمه بما روي عن ابن الحنفية في قوله تعالى (واجتنبوا قول الزور) قال الغناء
وقال ابن عباس وابن مسعود في قول الله تعالى (ومن الناس من يشري لهو الحديث) قال هو الغناء
وعن أبي إمامة أن النبي ﷺ نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة بهن وأكل ثمنهن حرام
أخرجه الترمذي وقال لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم أهل العلم فيه

وروي ابن مسعود أن النبي ﷺ قال «الغناء ينبت النفاق في القلب» والصحيح أنه قول ابن
مسعود ، وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى إليه ويأتي له أو اتخذ غلامه أو جارية مغنيين يجمع
عليهما الناس فلا شهادة له لأن هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ومن حرمه فهو مع
سفه عاص مصر متظاهر بنفسه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وإن كان لا ينسب نفسه إلى
الغناء وإنما يترغم لنفسه ولا يغني للناس أو كان غلامه وجاريته إنما يغنيان له انبنى هذا على الخلاف
فيه فن أباحه أو كرهه لم ترد شهادته ، ومن حرمه قال أن دام عليه ردت شهادته كسائر الصغائر

ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأضابكم مصيبة الموت) الآية وهذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله ﷺ وأصحابه فروى ابن عباس قال : خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعدي بن زيد فمات السهمي بارض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقدوا جام فضة مخصوصاً بالذهب فاحلفها رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجاه بمكة فقالوا اشتريناه من تميم وعدي فقام رجلان من أولياء السهمي خلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الجاه لصاحبهم فنزلت فيهم (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم) الآية

وعن الشعبي أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة يدقوقا ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته فاشهد رجلا من أهل الكتاب فقدا الكوفة فأتيا الأشعري فاخبراه وقدما بتركته ووصيته فقال الأشعري هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ فاحلفها بعد العصر ما خانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا وانها لوصية الرجل وتركته فامضى شهادتهما . رواها أبو داود في سننه

وروى الخلال حديث أبي موسى باسناداه وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم لا يصح

وإن لم يداوم عليه لم ترد شهادته ، وإن فعله من يتقدح له بقياس المذهب أن لا ترد شهادته به لا لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من النروع ، ومن كان يغشى بيوت المغني أو يغشاه المغنون للسمع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته في قولهم جميعاً لأنه سفيه ودناءة ، وإن كان مستتراً به فهو كالغني لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه

(فصل) فاما الحداء وهو الانشاد التي تساق به الابل فباح لا بأس به في فعله واستماعه لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنا مع رسول الله ﷺ في سفر وكان عبد الله بن رواحة جليداً الحداء وكان مع الرجال وكان أنجشة مع النساء فقال النبي ﷺ لابن رواحة «حرك بالقوم» فاندفع ينشد فتبعه أنجشة فأعنت الابل فقل النبي ﷺ « لا أنجشة رويدك رقاً بالقوارير » يعني النساء وكذلك نشيد الأعراب وهو النصب لا بأس به وسائر أنواع الانشاد ما يخرج إلى حدائهم ، وقد كان النبي ﷺ يسمع انشاد الشعر فلا ينكره واتناء من الصوت ممدود مكسور والغنى من المال مقصور والحداء ممدود مضموم كالدعاء ويجوز الكسر كالدعاء

(فصل) والشعر كالكلام حسنة كحسنه وقبيحة كقبحه ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «إن من الشعر لحكماً» وكان يضع لسان منبراً يقوم عليه فبهجوم من حج رسول الله ﷺ والمسلمين وأنشده كعب بن زهير قصيدته «بانت سعاد قلبي اليوم متبول في المسجد وقال له عمه العباس يا رسول الله إني أريد أن أمتدحك فقال قل لا يفضض الله فاك فأنشده

لأن الآية نزلت في قضية عدي وتميم بلا خلاف بين المفسرين وقد فسرهما بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير والشعبي وسليمان التيمي وغيرهم ودلت عليه الأحاديث التي رويناها ، ولأنه لو صح ما ذكره لم يجب الإيمان لأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم وحملها على التحمل لا يصح لأنه أمر بإحلافهم ولا إيمان في التحمل وحملها على اليمين لا يصح لقوله (فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشترى به ثمناً ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله) الآية ولأنه عطفها على ذوي العدل من المؤمنين وهما شاهدان

وروى أبو عبيد في النسخ والنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان ، قال أحد أهل المدينة ليس عندهم حديث أبي موسى من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله ﷺ وقضاء الصحابة به وعملهم بما ثبت في الكتاب والسنة فتعين المصير إليه والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه

﴿مسئلة﴾ قال (ولا تجوز شهادتهم في غير ذلك)

مذهب أبي عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ولا كافر غير ما ذكرنا رواه عنه نحو من عشرين نفساً ومن قال لا تقبل شهادتهم الحسن وابن أبي ليلى والاوزاعي ومالك

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق
وقال عمر بن الشريد أوردني رسول الله ﷺ فقال «أمعك من شعراًمية ؟» قلت نعم فأنشدته بيتاً فقال «هيه» حتى أنشدته مائة قافية وقال النبي ﷺ يوم حنين
أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب
وقد اختلف في هذا فقيل ليس بشعر وإنما هو كلام موزون ، وقيل بل هو شعر ولكنه بيت واحد قصير فهو كالنثر ، ويروى أن أبا الدرداء قيل له ما من أهل بيت في الانصار إلا وقد قل الشعر قل وأنا قد قلت

يريد العبد أن يعطى مناه وبأبي الله إلا ما أراد
يقول العبد فأنشدني ومالي وتقوى الله أفضل ما استفاد
وليس في إباحة الشعر اختلاف وقد قاله الصحابة والعلماء والحاجة تدعو إليه لمعرفة اللغة والعربية والاستشهاد به في التفسير وتعرف معنى كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ ويستدل به أيضاً على النسب والتاريخ وأيام العرب ويقال الشعر ديوان العرب فإن قيل فقد قال الله تعالى (والشعراء يتبعهم الغاؤون) وقال النبي ﷺ «لأن يمتلى أحدكم قيثاً حتى يريه خير له من أن يمتلى شعراً»
رواه أبو داود وأبو عبيد وقال معنى يريه يأكل جوفه . يقال وراه يريه . قال الشاعر :

والشافعي وأبو ثور وتقل حنبل عن أحمد أن شهادة بعضهم على بعض لم تقبل وخطأ الخلال في نقله هذا وكذلك صاحبه أبو بكر قال هذا غلط لاشك فيه وقد ابن حامد بل المسئلة على روايتين وقال أبو حفص الرمكي تقبل شهادة السبي بعضهم لبعض في التمسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه والمذهب الأول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك ، وذمبت طائفة من أهل العلم إلى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فمنهم من قل الكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي هذا قول حماد وسوار والثوري والبي وأبي حنيفة وأصحابه وعن قتادة والحكم وأبي عبيد وإسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ولا نصراني على يهودي وروي عن الزهري والشعبي كقولنا وكقولهم ، واحتجوا بما روي عن جابر أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، رواد ابن ماجه ولان بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين .

وانا قول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بذی عدل ولا هو منا

وراهن ربي مثل ما قد ورينني وأنحى على اكبادهن الكوايا
قلنا أما الآية فلراد بها من اسرف وكذب بدليل وصفه لم بقوله (ألم تر انهم في كل واد يهيمون وآتهم يقولون ما لا يفعلون ؟) ثم استثنى المؤمنين بقوله (الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله كثيراً) ولان الغالب على اشعراء تلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الارباء لا سيما من كان في ابتداء الاسلام ممن يهجو النبي ﷺ ويهجو المسلمين ويعيب الاسلام ويمدح الكفار فوقع الذم على الاغاب واستثنى منهم من لا يفعل الاتصال المذمومة فلاية دليل على إباحته ومدح أهله المنتصين بالصفات الجميلة ، واما الخبر فقال أبو عبيد معناه أن يغاب عليه الشعر حتى يشمله عن القرآن وامته وقيل المراد به ما كان هجاء وخشاً فما كان من الشعر يتضمن هجاء المسلمين والتدح في اعراضهم او التشبب بامرأة بعينها بالافراط في وصفها فذكر أصحابنا أنه محرم وهذا ان اريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح ، وأما على راويه فلا يصح فان المغازي يروى فيها قصائد الذين هاجوا بها أصحاب رسول الله ﷺ لا ينكر ذلك أحد ، وقد روي ان النبي ﷺ أذن في الشعر الذي تناولت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرهما الا قصيدة أمية بن أبي الصلت الحائية وكذلك يروى شعر قيس بن الخثيم في التشبب بعمره بنت رواحة اخت عبد الله بن رواحة ام النعمان ابن بشير وقد سمع النبي ﷺ قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبب بسعاد ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر وروينا ان النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الخطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل ان فيها ذكر أمه فقال النعمان فلم يقل بأساً انما قال

ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه ولانه لا تقبل شهادته على غير أهل دينه فلا تقبل على أهل دينه كالحربي راخبر برويه . مجالد وهو ضعيف وإن ثبت فيحتمل انه أراد اليمين فنها تسمى شهادة ، قال الله تعالى في اللعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين) وأما الولاية فتعاقبها القرابة والشفقة وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة فان غير أهل دينهم لا يلي عليهم والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فانها ممكنة من المسلمين وقد روي عن معاذ ان النبي ﷺ كان لا يقبل شهادة أهل دين إلا المسلمين فانهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم .

(مسألة) قال (ولا تقبل شهادة خصم ولا جار الى نفسه ولا دافع عنها) .

أما الخصم فهو نوعان (أحدهما) كل من خصم في حق لا تقبل شهادته فيه كالكوكل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ولا الوصي فيما هو وصي فيه ولا الشريك فيما هو شريك فيه ولا المضارب بمال أو حق للمضاربة ولو غصب الوديعة من المودع وطالب بها لم تقبل شهادته فيها وكذلك ما أشبهه . هذا لانه خصم فيه فلم تقبل شهادته به كذلك ، (والثاني) المدعو فشهادته غير مقبولة على عدوه في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ربيعة والثوري وإسحاق ومالك والشافعي ويريد

وعمرة من سروات النساء * تفجح بالمسك اردناها

وكان عمر بن ملحمة يتجاس فتنام رجل بشعر فيه ذكر امه فسكتوه فقال دعوه فان قاتل هذا الشعر كان زوجها فأما لشاعر فتى كان يهجو المسلمين ويمدح بالكذب أو يذف مسلماً أو مسلمة فان شهادته ترد وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره وقد قيل أعظم الناس ذنباً رجل يهاجي رجلاً فيهجو القبيلة بأسرها وقد روي ان أبادلماة ؟ شهد عند قاض فخاف ان ترد شهادته فقل ان الناس غفواوني تغفبت عنهم وان يمحوا عني ففهم مباحث

فقال القاضي ومن يمحواك يا أبا دلامة ؟ وغرم المال من عنده ولم يظهر انه رد شهادته

(فصل في قراءة القرآن بالالحن) اما قراءته من غير تلحين فلا بأس بها وان حسن صوته به فهو أفضل فان النبي ﷺ قال « زينوا أصواتكم بالقرآن » وروي « زينوا القرآن بأصواتكم » وقال « لقد أوتي أبو موسى مزماراً من زمير آل داود » فقال أبو موسى لو أعلم انك تستمع لحبرته لك تحبيراً وروي ان عائشة أبطأت على النبي ﷺ ليلة فقال أين كنت يا عائشة فقالت يا رسول الله كنت أسمع قراءة رجل في المسجد لم أسمع أحداً يقرأ أحسن من قراءته فقام النبي ﷺ فاستمع قراءته ثم قال « هذا ما لمولى أبي حذيفة الحمد لله الذي جعل في امتي مثل هذا » قال صالح قلت « لا يزينوا القرآن بأصواتكم » مامعناه قال ان تحسنه وقيل له مامعنى « من لم يتغن بالقرآن » قال يرفع صوته به ، وهكذا قال الشافعي وقال الليث يتحزن به ويتخشم به ويتباكى به . وقال ابن غينة وعمر بن الحارث ووكيع يستغني به فاما ان قرآن بالتلحين فينظر فيه فان لم يفرط في التحايط والد واشباع الحركات فلا بأس به فان النبي ﷺ قد قرأ ورجع ورفع صوته

بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية مثل ان يشهد انتكفوف على القاذف والمقطوع عليه الطريقة على القاطع والمقتول عليه على القاتل والمجروح على الجارح والزواج يشهد على امرأته بالزنا فلا تقبل شهادته لانه يقر على نفسه بعداوته لها لافسادها فراشه .

فاما العداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر أو الحق من اهل السنة يشهد على مبتدع فلا ترد شهادته لان العدالة بالدين والدين بمنه من ارتكاب محظور دينه وقال ابو حنيفة لا تمنع العداوة الشهادة لانها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصدقة .

ولما روى عرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » روى ابو داود احمد الحقدولان العداوة تورث الهمة فتمنع الشهادة كالقراية القرية وتخالف الصداقة فان في شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه وبيع آخرته بدنياه غيره وشهادة المدعو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فافترقا فان قيل فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة ؟ قلنا العداوة ههنا دينية والدين لا يقتضي شهادة الزور ولا ان يترك دينه بموجب دينه .

(فصل) فان شهد على رجل بحق فقدنه المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك لاننا لو ابطالنا شهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه من ابطال شهادة الشاهد بأن يقذفه ويفارق ما لو طرأ الفسق

وقال الراوي لولا ان تجتمع الناس إلى الحكيم لكانت قراءة رسول الله ﷺ وقال عليه الصلاة والسلام « ليس منامن لم يتغن بالقرآن » وقال « ما أذن الله لشيء كاذنه لني حسن الصوت يتغن بالقرآن » أي يجهر به ومعنى اذن استمع قال القاضي هو مكروه على كل حال ونحوه قول أبي عبيد وقال معنى قوله « من لم يتغن بالقرآن » أي يستغني به قال الشاعر :
وكنيت أمراً زمننا بالعراق عفيف النباح كثير التغني

قال ولو كان الغناء بالصوت لكان من لم يغن بالقرآن وروي نحو هذا التفسير عن ابن عيينة وقال القاضي أحمد بن محمد ابن بري : هذا قول من أدركنا من اهل العلم وقال الوليد بن مسلم يتغن بالقرآن يجهر به وقيل يحسن صوته به . قال شيخنا والصحيح أن هذا انقدر من التلحين لا بأس به ولانه لو كان مكروها لم يفعله النبي ﷺ ولا يصح حمله على التغني في حديث « ما أذن الله لشيء كاذنه لني يتغن بالقرآن » على الاستغناء لان معنى اذن استمع وإنما تسمع القراءة ثم نال يجهر والجهر صفة القراءة لا صفة الاستغناء فاما إذا أسرف في اللد والتعطيط واشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واوآ والفتحة ألنا والكسرة ياء كره ذلك ومن أصحابنا من قال يحرم لانه يغير القرآن ويخرج الكلمات عن وضعها ويحمل الحركات حروفاً ، وقد روينا عن أبي عبد الله أن رجلاً سأله عن ذلك فقال له ما اسمك ؟ قال محمد قال أيسرك أن يقال لك يا محمد ؟ قال لا قال ولا يصحني أن يتعلم الرجل الإلخان إلا ان يكون حرمه مثل حرم أبي موسى قال له رجل فيكلمون قل لا كل ذا

بعد أداء الشهادة وقبل الحكم فإن رد الشهادة فيه لا يفضي إلى ذلك بل إلى عكسه ولأن طريقان الفسق يورث تهمة في حال أداء الشهادة لأن العادة أسراره فظهوره بعد أداء الشهادة يدل على أنه كان يسره حالة أدائها وهنا حصلت العداوة بأسر لاهمة على الشاهد فيه وأما المحاكمة في الأموال فليست بعداوة تمنع الشهادة في غير ما حاكم فيه

وأما قوله ولا جاز إلى نفسه فإن الجاز إلى نفسه هو الذي ينتفع بشهادته ويجزى اليه بها نفعا كشهادة الغرماء للمفلس بدين أو عين وشهادتهم للميت بدين أو مال فإنه لو ثبت للمفلس أو للميت دين أو مال تعلق حقوقهم بهوية ارق ما لو شهد الغرماء لحي لا حجر عليه بمال فإن شهادتهم تقبل لأن حقوقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته

فإن قيل إذا كان معسرا سقطت عنه المطالبة فإذا شهد له بمال ملكا مطالبته فجزوا إلى أنفسهم نفعا . قلنا لم تثبت المطالبة بشهادتهم إنما تثبت بيساره وإقراره لدعواه الحق الذي شهدوا به ولا تقبل شهادة الوارث للموروث بالجرح قبل الاندمال لأنه قد يسري الجرح إلى نفسه فتجب الدية لم بشهادتهم ولا شهادة الشفيع ببيع شقص له فيه الشفعة ولا شهادة السيد لأمده للأذن له في التجارة ولا لمكاتبه ، قال القاضي ولا تقبل شهادة الاجير لمن استأجره وقال نص عليه أحمد

واتفق أهل العلم على أنه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين وروى بريدة قال قال رسول الله ﷺ « اقرءوا القرآن بالحزن فإنه نزل بالحزن » وقال المروزي سمعت أبا عبد الله قال لرجل لو قرأت وجعل أبو عبد الله ربما تفرغرت عينه وقال زهير بن حرب كنا عند يحيى القطان فجاء محمد بن سعيد فقال له يحيى اقرأ فقرأ فقشي على يحيى حتى حل وأدخل وقال محمد بن صالح العدوي قرأت عند يحيى بن سعيد القطان فقشي عليه حتى فاتته خمس صلوات

(فصل) ولا تقبل شهادة العفيلي وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة ، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال « من أتى طعاما لم يدع إليه دخل سارقا وخرج معبرا » ولأنه يأكل محرما ويفعل ما فيه سعة ودناءة وذهاب مروءة فإن لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لأنه من الصغائر ومن سأل من غير أن تحمل له المسئلة فأكثر ردت شهادته لأنه فعل محرما وأكل سحتا واتى دناءة ، وقد روى قبيصة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن المسئلة لا تحمل إلا لأحد ثلاثة رجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله غفلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش - أو قال - سدادا من عيش ، ورجل تحمل حمالة غفلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك » فاما السائل ممن تباح له المسئلة فلا ترد شهادته بذلك إلا أن يكون أكثر عمره سائلا فينبغي أن ترد شهادته لأن ذلك دناءة وسقوط مروءة ، فإن اخذ من الصدقة من يجوز له الأخذ من غير

فإن قيل فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع أنه إذا مات ورثه فقد جر إلى نفسه بشهادته نفعاً قلنا لاحق له في ماله حين الشهادة وإنما يحتمل أن يتجدد له حق وهذا لا يمنع قبول الشهادة كالمشهد لامرأة يحتمل أن يتزوجها أو لغريم له بل يحتمل أن يوفيه منه أو ينلس فيتملق حقه به وإنما المانع ما يحصل للشاهد به نفع حال الشهادة

فإن قيل فقد منتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز أن يتجدد له حق وإن لم يكن له حق في الحال فإن قلتم قد انعقد سبب حقه قلنا يبعد بالشاهد لموروثه الرخص بحق فإن شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه بدليل أن عطيته له لا تنفذ وعطيته لغيره تقف على الخروج من الثلث قلنا إنما منعت الشهادة لموروثه بالجرح لأنه ربما أفضى إلى الموت فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهداً لنفسه موجباً له بها حقاً ابتداء بخلاف الشاهد للمريض أو المجرور بما له فإنه إنما يجب للمشهد له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لا ينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغريمه فإن قيل فقد أجزم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الاندمال كما أجزم شهادته له بماله

قلنا إنما أجزناها لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداء إنما تجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفي الغريم منها فاشبهت الشهادة له بالمال

مسألة لم ترد شهادته لأنه فعل جائز لا دناءة فيه وإن اخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لأنه مصر على الحرام.

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ومضى زالت الموانع منهم فبلغ الصبي وعقل المجنون واسلم الكافر وتاب الفاسق قبلت شهادتهم بمجرد ذلك)

لأن المتنضي لقبول الشهادة موجود وإماردت لوجود المانع فإذا زال المانع عمل المتنضي عمله كما لو لم يوجد المانع وتقبل توبة الفاسق لقول الله سبحانه وتعالى (وهو الذي يقبل التوبة عن عباده) وقوله سبحانه (ومن يعمل سوءاً أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يمد الله غفوراً رحيماً) وقال النبي ﷺ «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» وقال عمر رضي الله عنه: بقية عمر المرء لا قيمة له يدرك فيه ما باذلت ويحيي فيه ما أمات ويبدل الله سيئاته حسنات والتوبة على ضربين باطنة وحكمية فالباطنة فيما بينه وبين الله تعالى فإن كانت المعصية لا توجب حقاً عليه في الحكم كقبلة الأجنبية والخلو بها وشرب السكر والكذب فالتوبة منها الندم والعزم على أن لا يعود فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «التوبة النصوح تجمع أربعة أشياء لندم بالقلب والاستغفار باللسان وإظهار أن لا يعود» وبمجانبة خطايا السوء وإن كانت توجب حقاً عليه لله تعالى أو لآدمي كنع الزكاة والغصب فالتوبة منها بما ذكرنا وتركه للظلمة حسب إمكانه بأن يؤدي الزكاة ويرد الغصب أو بدله وإن عجز عن ذلك نوى رده متى قدر

وأما الدافع عن نفسه فثبت أن يشهد للشهود عليه بجرح الشهود أو تشهد عاقلة القتاتل خطأ بجرح الشهود الذين شهدوا به لما فيه من دفع اذية عن أنفسهم فإن كان الشاهدان بالجرح قديرين احتمل قبول شهادتهما لانهما لا يحملان شيئاً من الدية واحتمل أن لا تقبل لانه يخاف أن يوسر اقبل الحول فيحملا وكذلك الخلاف في البعيد الذي لا يحمل لبعده فانه لا يأمن أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الإبراء منه ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر باسقاط شفعته لانه يوفر الحق على نفسه ولا شهادة بعض غرماء الفلاس على بعضهم باسقاط دينه أو استيفائه ولا بعض من أوصي له بمال على آخر بما يطل وصيته اذا كانت وصيته تحصل بها مزاحمة إما لضيق ائتمك عنها أو لكون الوصيتين بعين فهذا وشباهه لا تقبل الشهادة فيه لان الشاهد به منهم لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ودفع الضرر عنها فيكون شاهداً لنفسه . وقد قل الزهري مضت السنة في الاسلام أن لا تجرز شهادة خصم ولا ظنين والظنين للمتهم . وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قل : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا شهادة لظلم ولا ظنين . ومن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعي والثوري والشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً

عليه فان كان عليه فيها حق في البدن وكان حقاً لا دمي كالتصاص وحده اتمذف فالتشرط في التوبة التمكن من نفسه ببذلها المستحق وان كان حقاً لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته بالدم والعزم على ترك العود ولا يشترط الاقرار به فان كان ذلك لا يشترط عنه فالاولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى لان النبي ﷺ قل « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستر بستر الله فان من ابدى لنا صفة حته افنا عليه الحمد » فان اتمادية حين أقرت بالزنا لم ينكر عليها النبي ﷺ ذلك وان كانت معصيته مشهورة فذكر القاضي أن الاولى به الاقرار ليأتم عليه الحد لانه إذا كان مشهوراً فلا فائدة في ترك إقامة الحد عليه .

قل شيخنا والصحيح ان ترك الاقرار أولى لان النبي ﷺ عرض للمقر عنده بالرجوع عن الاقرار فعرض لما عز والمقر عنده بالسرقه بالرجوع مع اشتباره عنه باقراره وكره الاقرار حتى قيل إنه لما قطع السارق كنما أسف وجهه رمادا ولم يرد الامر بالاقرار ولا الحث عليه في كتاب ولا سنة ولا يصح له قياس انما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض المقر بالرجوع عن الاقرار وقل لمزال وهو الذي امر ما عزا بالاققرار « يا هزال لو سترت بشوبك لكان خيراً لك » وقال أصحاب الشافعي توبة هذا اقراره ليقام عليه الحد وليس بصحيح لما ذكرنا ولان التوبة توجد حقيقتها بدون الاقرار وهي تجب ما قبلها كما ورد في الاخبار مع ما دلت عليه الايات في مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الاسرار وأما البدعة فالتوبة منها بالاقرار بها واعتقاد ضد ما كان يستند منها

(فصل) وإن شهد الشريك لشريكه في غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكله في غير ما هو وكيل فيه أو المدعي لمدّوه أو الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندخال أو شهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شفيعته على الآخر بانقطاع شفيعته أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو كانت إحدى الوصيتين لاتزام الأخرى ونحو ذلك مما لا تهمة فيه قبلت لأن المقتضي لقبول الشهادة متحقق والمانع منتف فوجب قبولها عملاً بالمقتضي

(مسئلة) قال (ولا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط والغفلة)

وجعلته إنه يعتبر في الشاهد أن يكون موثقاً بقوله لتحصل غلبة الظن بصدقه ولذلك اعتبرنا بالمدالة ومن يكثر غلطه وتغفله لا يوثق بقوله لاحتمال أن يكون من غلطاته فربما شهد على غير من استشهد عليه أو لنير من شهد له أو بغير ما استشهد با وإذا كان مغفلاً فربما استزله انهم بغير شهادته فلا تحصل الثقة بقوله ولا يمنع من الشهادة وجود غلط نادر أو غفلة نادرة لأن أحداً لا يسلم من ذلك فلو منع ذلك الشهادة لانسد بابها فاعتبرنا الكثرة في المنع كما اعتبرنا كثرة المعاصي في الإخلال بالمدالة

(مسئلة) (ولا يعتبر إصلاح العمل وعنه يعتبر في انائب إصلاح العمل سنة)

ظاهر كلام أحمد والخلفي أنه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة الولاية في النكاح إصلاح العمل وهو أحد أقولين لشافعي وفي أقول الآخر يعتبر إصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا فلم يكمل جدد اشهود فأنه في مجرد اتوبته من غير اعتبار إصلاحه وماعداه فلا تنكح التوبة حتى تمضي عليه سنة تظهر فيها توبته وبين فيها إصلاحها وهذا رواية عن أحمد حكاه أبو الخطاب لأن الله تعالى قال (الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) وهذا نص فإنه نهي عن قبول شهادتهم ثم لم يثنى انائب المصلح ولأن عمر رضي الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجران حتى بلغت توبته فامر أن لا يكلم إلا بعد سنة ولنا قوله عليه السلام «اتوبه نجب مقبها» وقوله «اتائب من الذنب كن لا ذنب له» ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة فذلك الأحكام ولأن التوبة من الشرك بالإسلام ولا يحتاج إلى اعتبار ما بعده وهو أعظم الذنوب فما دونه أولى وأما الآية فيحتمل أن يكون الإصلاح من التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللغتين ودليل ذلك قول عمر لابي بكر تب أقبل شهادتك ولم يعتبر أمر آخر ولأن من كان غاصباً فرد مفي يديه أو مانعاً لذكاة فأداه وتاب إلى الله عز وجل قد حصل منه الإصلاح وعلم نزوله عن معصيته نادماً عليه فإنه لو لم ترد التوبة لما أدى مفي يديه ولأن تقديره بسنة يحكم لم يرد به الشرع والتقدير إنما يثبت بالتوقيف وما ورد من عمر في حق صبيغ إنما كان لأنه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران فيحتمل أنه أظهر اتوبته تسيراً بخلاف مسئلتنا وقد ذكر القاضي أن التائب من البدعة يعتبر له سنة لحديث صبيغ رواه أحمد في الورع قلبه ومن علامة

«مسئلة» قال (وتجوز شهادة الاعمي اذا تيقن الصوت)

روي هذا عن علي وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهري ومالك وابن ابي ليلى واسحاق وابن المنذر .

وقال ابو حنيفة والشافعي لا تقبل شهادته وروي ذلك عن النخعي وابي هاشم واختلف عن الحسن واياس وابن ابي ليلى وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة واذا أقر عند أذنه ويد الاعمي على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ولم يجزها في غير ذلك لان من لا تجوز شهادته على الافعال لا تجوز على الاقوال كالصبي ولان الاصوات تشبه فلا يحصل اليقين فلم يجز أن يشهد بها كالخط

ولنا قوله تعالى (واشهدوا شهيدين من رجالكم) وسائر الآيات في الشهادة ولانه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالصبي وفارق الصبي فانه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ولان السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين وقد يكون الشهود عليه من ألفه الاعمي وكثرت صحبته له وعرف صوته يقيناً فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالصبي ولا سبيل إلى انكار حصول اليقين في بعض الاحوال

توبته ان يجنب من كان يواليه من اهل البدع ويوالي من كان يعاديه من اهل السنة والصحيح ان التوبة من البدعة كغيرها الا ان تكون التوبة تفعل بسبب الاكراه كتوبة صبيغ فيستبر له مدة يظهر ان توبته عن اخلاص لا عن اكراه وللحكم ان يقول للظاهر بالمصية تب اقبل شهادتك وقال مالك لا اعرف هذا قال الشافعي وكيف لا يعرفه وقد امر النبي ﷺ بالتوبة وقوله لا يبي بكرة؟

﴿مسئلة﴾ (ولا تقبل شهادة القاذف حتى يتوب)

وجملة ذلك ان القاذف اذا كان زوجا لحق قذفه بيينة او لمان او كان اجنبيا لحقه بالينة او بأقرار المذوف لم يتنافى بتذنه فسق ولاحد ولا رد شهادة وان لم يحقق قذفه بشيء من ذلك تعاق به وجوب الحد عليه والحكم بنفسه ورد شهادته لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً اولئك هم الفاسقون) فان تاب لم يسقط عنه الحد وزل الفسق بخلاف وتقبل شهادته عندنا روي ذلك عن عمر وابي لدرء وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والزهري وعبد الله بن عتبة وجعفر بن ابي ثابت وابي الزناد ومالك والشافعي والبقى واسحاق وابو عبيد وابن المنذر وذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد وربيعة وقال شريح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري وأصحاب الرأي لا تقبل شهادته اذا جلد وإن تاب؛ وعند أبي حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب والخلاف معه في فصلين:

قال قتادة للسمع قياة كقياة البصر ولهذا قال أصحاب الشافعي تقبل شهادته فيما يثبت بالاستفاضة ولا يثبت عندم حتى يسمعها من عدلين ولا بد أن يعرفها حتى يعرف عدانها فإذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف للقر ولا خلاف في قبول روايته وجواز استثناء من زوجته إذا عرف صوته. وصحة قبوله النكاح وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور وفارق الافعال فان مدركا الرؤية وهي غير ممكنة من الاعى والاقوال مدركا السمع وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ويفارق الخط فانه لو يقن من كتب الخط أو رآه وهو يكتبه لم يجوز أن يشهد بما كتب فيه إذا ثبت هذا فانه لا يجوز أن يشهد إلا إذا تقرر الصوت وعلم المشهود عليه يقيناً فان جوز أن يكون صوت غيره لم يجوز أن يشهد به كالواشبهه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه

(فصل) فان تحمل الشهادة على فعل ثم عي جاز أن يشهد به إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يجوز شهادته أصلاً لانه لا يجوز أن يكون حاكماً

ولنا ما تقدم ولان المعنى قد حاسة لأنخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة كالصمم ويفارق الحكم فانه يعتبر له من شروط الكمال مالا يعتبر للشهادة ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرها فان لم

(أحدهما) انه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحقته وعند أبي حنيفة ومالك لا تسقط إلا بالجلد (والثاني) انه ان تاب قبلت شهادته وإن جلد وعند أبي حنيفة لا تقبل وتعلق لقول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وبما روى ابن ماجة بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قل رسول الله ﷺ لا يجوز شهادة خائن ولا محدود في الاسلام واحتج في الفصل الآخر بان القذف قبل حصول الجلد يجوز ان تقوم به البينة فلا يجب به التفسيق

ولنا في الفصل الثاني إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول لا بي بكرة حين شهد على اغيرة بن شعبة أب قبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعاً قال سعيد بن السيب شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة رجال أبو بكرة وشبل بن معبد. ونافع بن الحارث ونكل زياد فجلد عمر الثلاثة وقال لم عمر توبوا تقبل شهادتكم فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبي أبو بكرة فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ولانه تاب من ذنبه قبلت شهادته كالتائب من الزنا يحقته ان الزنا أعظم من القذف به وكذلك قتل النفس التي حرم الله ومائر الذنوب إذا تاب دعاها قبلت شهادته فهذا أولى. وأما الآية فهي حجة لنا لأنه استثنى التائبين بقوله تعالى (إلا الذين تابوا) والاستثناء من النفي إثبات فيكون تقديره إلا الذين تابوا فقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين فان قالوا انما يعود الاستثناء الى الجملة التي تليه بدليل انه لا يعود الى الجملة قلنا بل يعود إليه ايضا لان هذه الجملة معطوف بعضها على بعض بالواو وهي للجمع تحمل الجمل كلها كالجمل الواحدة

يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه لكن تبين صوته لكثرة إنفاسه له صح أن يشهد به أيضاً لما ذكرنا في أول المسئلة

وإن شهد عند الحاكم ثم عي قبل الحاكم بشهادته جاز الحاكم بها وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يجوز الحاكم بها لأنه منى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحاكم بها كالفسق

ولنا أنه معنى طراً بعد اداء الشهادة لا يورث تهمة في حال الشهادة فلم يمنع قبولها كاللوث وفارق الفسق فإنه يورث تهمة حال الشهادة

(فصل) ولا يجوز شهادة الاخرس بحال نص عليه أحمد رضي الله عنه فقال لا يجوز شهادة الاخرس قيل له وإن كتبها ؟ قال لا أدري وهذا قول أصحاب الرأي ، وقال مالك والشافعي وابن المنذر تقبل إذا فهمت اشارته لأنها تقوم مقام نطقه في أحكامه من طلاقه ونكاحه وظهره وإبلائه فكذلك في شهادته واستدل ابن المنذر بأن النبي صلى الله عليه وسلم أشار وهو جالس في الصلاة إلى الناس وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا

فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا ما منع . ولهذا لما قال النبي ﷺ لا يؤمن الرجل الرجل في يده ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه « عاد الاستثناء إلى الجاهلين جميعاً ولأن الاستثناء إنما يراد ما قبله فعاد الجاهل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط فإنه لو قال أمرأته طالق وعبد حر أن لم يقم عاد الشرط اليها كذا الاستثناء بل عود الاستثناء إلى الشهادة أولى لأن رد الشهادة هو المأمور به فيكون الحكم والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أولى من رده إلى التعليل وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف قال ابن عبد البر لم يرفعه في روايته حجة ، وقد روي من غير طريقه ولم يذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلطه ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود في غير القذف بعد ثبوته ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تاب سوى هذا .

وأما الفصل الاول فدليلنا فيه الآية فانه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء إيجاب الجلد ورد الشهادة والفسق فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه كالجلد ولأن الرمي هو المعصية والذنب الذي يستحق به العقوبة وثبت به المعصية الموجبة رد الشهادة ، والحد كقارة وتطاهر فلا يجوز تعليق رد الشهادة به ، وإنما الجلد ورد الشهادة حكماً للقذف فيثبتان جميعاً به ويختلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر ، ونقول لم إنما يتحقق بالجلد لا يصح لأن الجلد حكم القذف الذي تلزم تحقيقه فلا يستوفى قبل تحقق القذف ، وكيف يجوز أن يستوفى حد قبيل تحقق سببه ويصير متحققاً بعده هذا باطل

ولنا أنها شهادة بالاشارة فلم تجز كالشارة الناطق، بحقيقته أن الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لا يكتفى بإيحاء الناطق ولا يحصل اليقين بالاشارة وإنما اكتفى بإشارته في أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنا ولهذا لم يجز أن يكون حاكما ولأن الحاكم لا ينفذ حكمه إذا وجد حكمه بخلافه تحت ختمه ولم يذكر حكمه والشاهد لا يشهد برؤية خطئه فلأن لا يحكم بخط غيره أولى وما استدلل به ابن المنذر لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام وعمل بإشارته في الصلاة، ولو شهد الناطق بالإيحاء والاشارة لم يصح إجماعاً فلم أن الشهادة مفارقة لغيرها من الأحكام

(مسئلة) (قل ولا تجوز شهادة الوالدين وإن حلوا للولد وإن سفل ولا شهادة الولد وإن سفل لهما وإن علوا)

ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لا تقبل ولا لولد ولده وإن سفل وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا لوالدة ولا لجدته من قبل أبيه وأمه وإن

(فصل) وانقاذ في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب والشاهد بالزنا إذا لم تكمل البيئة تعقيل رويته دون شهادته وحكي عن الشافعي أن شهادته لا ترد ولنا أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكره وقل له تب أقبل شهادتك وروايته مقبولة ولا نعلم خلافاً في قبول رواية أبي بكره مع رد عمر شهادته

(مسئلة) (وتوبته أن يكذب نفسه وقيل إن علم صدق نفسه فتوبته أن يقول فقد ندمت على ما قلت ولا أعود إلى مثله وأنا تائب إلى الله تعالى منه)

ظاهر كلام أحمد والخزقي أن توبة انقاذ كذابه نفسه فيقول كذبت فيما قلت وهذا منصوب عن الشافعي واختيار الاصطخري من أصحابه قال ابن عبد البر وعن قال هذا سعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والشعبي وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيدة لما روي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبي ﷺ أنه قال في قول الله تعالى (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم) قال توبته إكذاب نفسه ولأن عرض المقدوف يلوث بتذقة فأكذابه نفسه يزيل ذلك التلوث فتكون التوبة، وذكر القاضي أن القذف إن كان سباً فالنوبة منه إكذاب نفسه وإن كان شهادة فالنوبة منه أن يقول القذف حرام باطل وإن أعود إلى ما قلت وهذا قول بعض أصحاب الشافعي قل وهو المذهب لأنه قد يكون صادقاً فلا يؤمر بالكذب والخبر محمول على الإقرار بالبطلان لأنه نوع إكذاب. قال شيخنا والأولى أنه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والإقرار ببطلان ما قاله ومحرمة فإنه لا يعود إلى مثله وإن لم يعلم صدق نفسه فتوبته إكذاب نفسه

علوا وسواء في ذلك الآباء والامهات وأباؤهما وأمهاتهما وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي

وروي عن أحمد رحمه الله رواية ثانية تقبل شهادة الابن لا يبع ولا تقبل شهادة الاب له لان مال الابن في حكم مال الاب له ان يملكه إذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه او يجربها لنفسه نفماً قال النبي ﷺ «انت ومالك لا بيك» وقال «ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان أولادكم من أطيب كسبكم فسكوا من أموالهم» ولا يوجد هذا في شهادة الابن لا يبع وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه في مالهمة فيه كلنكاح والعلاق والتقصص والمال اذا كان مستغنى عنه لان كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة في حقه وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة

وروي ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزني وداود وإسحاق وابن المنذر لعموم الآيات ولانه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالأجنبي ولنا ما روى الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ انه قال «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة

سواء كان القذف بشهادة او سب لأنه قد يكون كاذبا في الشهادة صادقا في السب، ووجه الاول ان الله تعالى سمي القاذف كاذبا على الاطلاق بقوله سبحانه (فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى انه كاذب في حكم الله تعالى، وإن كان في نفس الامر صادقا

(فصل) ولا يشترط في الشهادة الحرية بل تجوز شهادة العبد في كل شيء إلا في الحدود والتقصص على احدي الروايتين وتجوز شهادة الامة فيما تجوز فيه شهادة النساء الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة فصول (أحدها) في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والتقصص والمذهب انها مقبولة. روي ذلك عن علي وأنس رضي الله عنهما قال أنس ما علمت ان أحداً رد شهادة العبد وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبيهقي وأبو ثور وداود وابن المنذر، وقال مجاهد والحسن وعطاء ومالك والأوزاعي وأثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو عبيد لا تقبل شهادته لأنه غير ذي مروءة ولا أنها مبنية على السكال لا تنقبض فلم يدخل فيها العبد كالميراث، وقال الشافعي والنخعي والحكم تقبل في الشيء اليسير

ولنا عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فانه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وقيامه بأخباره الدينية، وروي عقبة بن الحارث قال: تزوجت ام يحيى بنت أبي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال «وكيف وقد زعمت ذلك» متفق عليه

(المغني والشرح الكبير) (٩) (الجزء الثاني عشر)

ولا ذي ضرر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء» والظنين المتهم والاب يتهم لولده لان ماله كماله بما ذكرنا لان بينهما بعضية فكأنه يشهد لنفسه ولهذا قال عليه السلام « فاطمة بضعة مني يريني مآربها » ولا نهتمهم في الشهادة لولده كتهمة العدو في الشهادة على عدوه والخبر أخص من الايات فتخص به (فصل) فأما شهادة أحدهما على صاحبه فتقبل نص عليه احمد وهذا قول عامة أهل العلم ولم اجد عن احمد في الجامع فيه خلافا وذلك لقول الله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين) فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها ولا نها انما ردت للثمة في إيصال النفع ولا ثمة في شهادته عليه فوجب ان تقبل كشهادة الاجني بل أولى فان شهادته لنفسه لما ردت للثمة في إيصال النفع الي نفسه كان اقراره عليه مقبولا وحكى القاضي في المجرد رواية اخرى ان شهادة أحدهما لا تقبل على صاحبه لان شهادته له غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسيق

وقال بعض الشافعية لا تقبل شهادة الابن على أبيه في قصاص ولا حد قذف لانه لا يقتل بقتله ولا يحد بقذفه فلا يلزمه ذلك والمذهب الاول لما ذكرنا ولانه يتعم له ولا يتعم عليه فشهادته عليه أبلغ في الصدق كاتقارره على نفسه

(فصل) وإن شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما وقذف زوجها لما قبلت شهادتهما لان حق أمهما

وفي رواية ابي داود قتلت يارسل الله انها لكاذبة فقال « وما يدريك وقد قالت ما قالت ؟ دعها عنك » ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالخبر وقولهم ليس له مروءة ممنوع بل هو كالخبر ينقسم إلى من له مروءة ومن لا مروءة له ، وقد يكون منهم العلماء والامراء والصالحون والأتقياء مثل اياس ابن معاوية عن شهادة العبد فقال أنا ارد شهادة عبدالغزيز بن صهيب ، وكان منهم زياد بن أبي عياش من العلماء والزهاد وكان عمر بن عبدالعزير يرفع قدره ويكرمه ومنهم عكرمة مولى ابن عباس من العلماء الثقات وكثير من الموالي كانوا عبيدا وأبناء عبيد لم يحدث فيهم بالاعتاق الا الحرية وهي لا تغير طبعاً ولا تحدث علماً ولا ديناً ولا مروءة ولا يقبل منهم الا من كان ذا مروءة ولا يصح قياس الشهادة على الميراث فان الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوقه والعبد لا يمكنه الخلافة لان ما يصير اليه يملكه سيده فلا يمكن أن يخلف فيه ولان الميراث يقتضي التملك والعبد لا يملك ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك فوجب أن تقبل شهادته

(والفصل الثاني) ان شهادته لا تقبل في الحدود وفي انقصاص احوال (أحدهما) تقبل شهادته فيه لأنه حق آدمي ، ولا يصح الرجوع عن الاقرار به أشبه الاموال

(والثاني) لا تقبل لأنه عقوبة بدنية تدبر بالشبهات فأشبه الحد وقد ذكرنا في هذا الكتاب في الحد واتمصاص روايتين وكذلك ذكره الشريف وابو الخطاب فانما ذكرنا في المقوبات كلها روايتين (أحدهما) تقبل لما ذكرنا ولأنه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالخبر والثانية لا تقبل وهي

لا يزداد به. وسواء كان الشهود عليه إباحاً أو اجنبياً وتوفير الميراث لا يمنح قبول الشهادة بدليل قبول شهادة التوارث لموروثه

(فصل) وتجوز شهادة الرجل لآبيه من الرضاعة وأبيه من أوساثر أقاربه منها لأنه لا نسب بينهما
يوجب الاتفاق والمصلحة وعق أحدهما على صاحبه وتبسطه في مال المختلف قرابة النسب

«مسئلة» قال (ولا السيد لعبد ولا العبد لسيد)

أما شهادة السيد لعبد فغير مقبولة لأن مال العبد لسيد فشهادته له شهادة لنفسه ولهذا قال النبي ﷺ «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» ولا نعلم في هذا خلافاً ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ولا لأمته بطلاق لأن في طلاق أمته تخليصها له وإباحة بضعا له وفي نكاح العبد نفع له ونفع مال الإنسان نفع له ولا تقبل شهادة العبد لسيد لأنه يتبسط في مال سيده ويتنفع به ويتصرف فيه وتجب نفقته منه ولا يقطع بسرقة فلا تقبل شهادته له كالأب مع أبيه

ظاهر المذهب لأن الاختلاف في قبول شهادته في الأمور القاصرة وشبهة فلم تقبل شهادته فيما ينل من البشبهات ولأنه ناقص الحال فلم تقبل شهادته في الحد واقصاص كالرأفة

(الفصل الثالث) أن شهادة الأمة تقبل فيما تقبل فيه شهادة النساء قياساً عليهن فمن النساء لا تقبل شهادتهن في الحدود والقصاص وإنما تقبل في المال أو شبهه والأمة كالحرّة فيما عداها وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث: وحكم الكتاب والندير وأم الولد والمعتق بضعة حكم القن فيما ذكرنا لأن الرق فيهم وقدر روي عن عمر رضي الله عنه أنه لا تجوز شهادة الكتاب وبه قول عطاء والشعبي والنخعي ولما ما ذكرناه في العبد ولأنه إذا ثبت الحكم في القن في هؤلاء أولى

(فصل) وتجوز شهادة الأصم في الرثبات وعلى السموات قبل صممه أما شهادته على الرثبات فهو فيها كالذي يسمع فتقبل شهادته فيها وتجوز شهادته في السموات التي كانت قبل صممه كما تجوز شهادة الأصم على الأفعال التي رآها قبل العمى إذا عرف الشهود عليه باسمه ونسبه

«مسئلة» (وتجوز شهادة الأصم في السموات إذا تيقن الصوت والاستفاضة)

روي هذا عن علي وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهري ومالك وابن أبي ليلى وإسحاق وابن المنذر، وقول أبو حنيفة والشافعي لا تقبل شهادته، وروي ذلك عن النخعي وأبي هاشم واحتلف فيه عن الحسن وإياس وابن أبي ليلى وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجيح إذا أقر عند أذنه وبدا لأصم على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ولم يجرها في غير ذلك لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال لا تجوز على الأقوال كالصبي ولأن الأصوات تشبه فلا يحصل اليقين فلم يجز أن يشهد بها كالخط

«مسئلة ، قال (ولا الزوج لامرأته ولا المرأة لزوجها)

وبهذا قال الشافعي والنخعي ومالك وإسحاق وأبو حنيفة وأجاز شهادة كل واحد منهما لصاحبه شرح والحسن والشافعي وأبو ثور لأنه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالأجارة ، وعن أحمد رواية أخرى كقولهم . وقال الثوري وابن أبي ليلى تقبل شهادة الرجل لامرأته لأنه لا شفعة في حقه ولا تقبل شهادتها له لأن يساره وزيادة حقه من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال فهي بمنزلة لذلك ولنا إن كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب وينبسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كلابن مع أبيه ولأن يسار الرجل يزيد نفقة امرأه ويسار المرأة تزيد به قيمة نفسها المملوك لزوجها فكان كل واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه فلم تقبل كشهادته لنفسه ، ويحقق هذا أن مال كل واحد منهما يضاف إلى الآخر . قال الله تعالى (وقرن في بيوتكن) وقال (لا تدخلوا بيوت النبي) فاضاف البيوت اليهن تارة وإلى النبي ﷺ أخرى ، وقال (لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال عمر رضي الله عنه قال له إن غلامي سرق امرأة امرأتي : لا قطع عليه عبدكم سرق مالكم . ويفارق عقد الأجارة من هذه الوجوه كلها

ولنا قول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) ولا تأثر رجل عدل مقبول الرواية فتقبلت شهادته كالبصير وفارق البصير فإنه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ولأن السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين وقد يكون الشهود عليه من ألفه الإعمى وكثرت محبته لا وعرف صوته يقينا فلا يشك فيه فوجب أن تقبل شهادته فيما يتيقنه كالبصير ولهذا أجاز الشافعي وأصحابه شهادته بالاستفاضة ولا تثبت عندهم حق يسميها من عاين ولا بد أن يعرفهما حتى يعرف عدلتهما فإذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف المقر ولا خلاف في قبول روايته وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوته وصحة قبول التكاح ، وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصفة وفارق الأفعال فإن مدركها الرؤية وهي غير ممكنة من الإعمى والأقوال مدركها السمع وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ويفارق الخط فإنه لو تيقن من كتب الخط أو رآه يكتبه لم يجوز أن يشهد بما كتب فيه إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز أن يشهد إلا إذا تيقن الصوت وعلم الشهود عليه يقينا فإن جوز أن يكون صوت غيره لم يجوز أن يشهد به كما لو اشتبه على البصير الشهود عليه فلم يعرفه

«مسئلة» (ويجوز في الرثبات التي يحملها قبل الممي إذا عرف الفاعل باسمه ونسبه وما يتميز به) وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أصلا لأنه لا يجوز أن يكون حاكما ولنا ما تقدم في المسئلة قبلها ولأن الممي يقب حاسة لا يخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة

(مسئلة) قال (وشهادة الاخ لأخيه جائزة)

قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على ان شهادة الاخ لأخيه جائزة روي هذا عن ابن الزبير وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي وأبو ثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

وحكي عن ابن المنذر عن الثوري انه لا تقبل شهادة كل ذي رحم محرم . وعن مالك انه لا تقبل شهادته لأخيه إذا كان منقطعاً إليه في صلته وبره لانه منهم في حقه . وقال ابن المنذر قال مالك لا تجوز شهادة الاخ لأخيه في النسب وتجوز في الحقوق

ولنا عموم الآيات ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالأجنبي ولا يصح القياس على الوالد والولد لان بينهما بضعية وقراءة قوية بخلاف الاخ

(فصل) وشهادة العم وابنه واخته وابنه وسائر الاقارب أولى بالجواز فان شهادة الاخ إذا أجزت مع قربه كان تنبيهها على شهادة من هو أبعد منه بطريق الاولى

كالصمم وفارق الحكم فانه يعتبر له من شروط الكمال ما لا يعتبر للشهادة ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما .

(مسئلة) (فان لم يعرف الشهود عليه بامه ونسبه ولم يعرفه الا بعينه قبلت شهادته أيضاً لما ذكرنا في المسئلة الاولى)

وهذا قول القاضي ويصنع للحاكم بما يتميز به قل شيخنا ويحتمل ان لا تقبل لان هذا مما لا ينضبط غالباً

(مسئلة) (وان شهد عند الحكم ثم عدي قبلت شهادته وجز الحكم بها)

وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وعمر وقال أبو حنيفة لا يجوز الحكم لانه مني بمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق

ولنا أنه معنى طراً بعد اداء لا يورث تهمة في حل الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت وفارق الفسق

فانه يورث تهمة حل الشهادة

(مسئلة) (وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره)

هذا قول اكثر اهل العلم منهم عداء والحسن والشعبي والزهري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو حنيفة وأصحابه وقال مالك والليث لا تجوز شهادته في الزنا وحده لانه متهم فان العادة فيمن فعل قبيحاً انه يجب ان يكون له نظراء وحكي عن عثمان انه قال ودت الزانية ان النساء كلهن زنين ولنا عموم الآيات فانه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فيقبل في الزنا كغيره ولان من قبلت شهادته في القتل قبلت في الزنا كولد الرشدة قال ابن المنذر وما احتجوا به غلط من وجوه (أحدها)

(فصل) وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه في قول عامة العلماء إلا مالكا قال لا تقبل شهادة الصديق الا لطف لا يجبر إلى نفسه نفعا بها فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة المدعو على عدوه ولنا عموم أدلة الشهادة ومقاله يبطل شهادة الغريم للمدين قبل المحجور وإن كان ربما قضاه دينه منه فجر إلى نفسه نفعا أعظم مما يرجى ههنا بين الصديقين . فلما اداؤه فسببها محذور وفي الشهادة عليه شفاء غيظ . منه لخالف السداقة

«مسئلة» قل (وتجوز شهادة العبد في كل شيء إلا في الحدود ، وتجوز شهادة الامة فيما تجوز فيه شهادة النساء)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص فالذهب اتهم مقبولة روي ذلك عن علي وأنس رضي الله عنهما . قل أنس ما علمت أن أحدا رد شهادة العبد وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتي وأبونور وداود وابن المنذر وتال عطاء ومجاهد والحسن ومالك والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو عبيد لا تقبل

أن ولد الزنا لم يفعل قبيحا يجب أن يكون له نظراء فيه (والثاني) لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتاً عنه وأشبه ذلك أن لا يكون ثابتاً وغير جائز أن يثبت عن عثمان كلام بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره (الثالث) أن الزاني لو تاب قبلت شهادته وهو الذي فعل الفعل التبيح فإنا قبلت شهادته مع ما ذكره فغيره أولى فانه لا يجوز أن يلزم ولده من وزره أكثر مما يلزمه ولا يتعدى الحكم إلى غيره من غير أن يثبت فيه مع أن ولده لا يلزمه شيء من ضرره لقول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكماً

«مسئلة» (وتقبل شهادة الانسان على فعل نفسه كالمرضعة بالرضاع وإقامته على القسمة والحكم على حكمه بعد العزل)

تجوز شهادة المرضعة على الرضاع لما ذكرنا من حديث عقبة بن الحارث وكذلك شهادة إقامته على القسمة لانه يشهد لغيره فصح على فعل نفسه كما لو شهد على فعل غيره وكذلك تقبل شهادة الحاكم على حكمه بعد العزل لذلك وفي ذلك كله اختلاف لما ذكرنا فيما مضى

«مسئلة» (وتقبل شهادة البدوي على القروي والقروي على البدوي إذا اجتمعت الشروط) وهو ظاهر كلام الخريقي وهو قول ابن سيرين وأبي حنيفة والشافعي وأبي ثور وأجازة أبو الخطاب وعن أحمد في شهادة البدوي على القروي أخشى أن لا تقبل فيحتمل وجهين (أحدهما) لا تقبل وهو قول جماعة من أصحابنا ومذهب أبي عبيد وقال مالك كقول أصحابنا فيما عدا الجراح وكقول الباقرين احتياطاً للدماء واحتج أصحابنا بما روى أبو داود في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه عن

شهادته لانه غير ذي مروءة ولانها مبنية على الكمال لا تتبع بعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث . وقال الشعبي والنخعي والحكم تقبل في الشيء اليسير

ونما عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فانه من رجالنا وهو عدل قبل روايته وفتياه وأخباره الدينية . وروى عتبة بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت أبي اهاب فجئت أمة سوداء فقالت تد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « وكيف وقد زعمت ذلك؟ » متفق عليه وفي رواية أبي داود قتلت يارسول الله انها لبعانة قل « وما يدريك وقد قالت ما قالت دعها عنك » ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحرة . ولا نسلم انه غير ذي مروءة فانه كالحرة يقسم الى من له مروءة ومن لامروءة له وقد يكون منهم الامراء والعلماء والصالحون والأتقياء

سئل إياس بن معاوية عن شهادة العبيد فقال إذا ارد شهادة العزير بن صهيب وكان منهم زياد ابن أبي زياد مولى ابن عباس من العلماء لزهاد وكان عمر بن عبد العزيز يرفقه قدره ويكرمه ومنهم عكرمة مولى ابن عباس أحد العلماء انتقات وكثير من العلماء الموالي كانوا عبيداً أو أبناء عبيد لم يتحدث فيهم بالاعتناق إلا الحرية والحرية لا تغير طبعاً ولا تحدث علماً ولا مروءة ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة ولا يصح قياس الشهادة على الميراث ذن الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوقه "عبد لا يمكنه الخلافة

النبي ﷺ انه قل « لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية » ولانه متهم حيث عدل إذا شهد قروياً واشهد بدويا قال ابو عبيد ولا أرى شهادتهم ردت الا لما فيهم من الجفاء بمحقوق الله والجفاء في الدين (والثاني) تقبل لان من قبلت شهادته على أهل البلد وقبلت شهادته على البدو قبلت شهادته على أهل القرى ويحمل الحديث على من لم تعرف عدلته من أهل البدو ونخصه بهذا لان الغالب ان لا يكون له من يسأله الحاكم فيتعرف عدلته

باب موانع الشهادة

ويمنع قبول الشهادة ستة أشياء (أحدها) قرابه الولادة فلا تقبل شهادة والد لولده وان سفل ولا ولد لوالده وان علا .

ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لا تقبل ولا لولد لولده وان سفل وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا والدته ولا جده ولا جدته من قبل أبيه وأمه وان علوا وسواء في ذلك الآباء والامهات وآباؤهما وأمهاتهما وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والثمافي وأصحاب الزأبي ورووي عن أحمد رواية ثانية تقبل شهادة الابن لابيه ولا تقبل شهادة الاب لابته لان مال الابن في حكم مال الأب له أن يملكه اذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه أو يمر بها لنفسه فقاً قال النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » وقال « ان أطيبت

لان ما يصير إليه بملكه سيده فلا يمكن أن يخلف فيه ولان الميراث يقتضي التملك والعبد لا يملك ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك فوجب ان تقبل شهادته

(الفصل الثاني) ان شهادته لا تقبل في الحد وفي انقصاص احتمالان (أحدهما) تقبل شهادته فيه لانه حق آدمي لا يصح الرجوع عن الاقرار به فأنشبه الاموال (والثاني) لا تقبل لانه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأنشبه الحد . وذكر الشريف وأبو الخطاب في المقويات كلها من الحدود وانقصاص روايتين [إحدهما] تقبل لما ذكرنا ولانه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحر [والثانية] لا تقبل وهو ظاهر المذهب لان الاختلاف في قبول شهادته في الاموال نقص وشبهة فلم تقبل شهادته فيما يدرأ بالشبهات ولانه ناقص الحال فلم تقبل شهادته في الحد وانقصاص كالمرأة

(الفصل الثالث) شهادة الامة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء لان النساء لا تقبل شهادتهن في الحدود وانقصاص وإنما تقبل في المال أو سببه والامة كالحره فيما عداها فساوتهن في الشهادة وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث

(فصل) وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن فيما ذكرنا لان الرق فيهم وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا تجوز شهادة المكاتب وبه قال عطاء والشعبي والنخعي

ما أكل الرجل من كسبه وان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم « ولا يوجد هذا في شهادة الابن لايه وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منها لباحبه فيما لا تهمه فيه كالنكاح والطلاق وانقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه لان كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمه في حقه وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة وروي ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبدالعزيز وأبو ثور والزهري وداود وإسحاق وابن المنذر لمعوم الآيات ولانه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالأجنبي

والنا ماروي الزهري عن عائشة عن النبي ﷺ انه قال «لا تجوز شهادة غائب ولا غائبة ولا ذي فمير على أخيه ولا غنيين في قرابة ولا ولاء» والظاهر ان المتهم والاب متهم لولده لأن ماله كماله بما ذكرنا ولان بينهما بعضية فكأنه يشهد لنفسه ولهذا قال عليه الصلاة والسلام «فاطمة بضعة مني يربغي ما رابها» ولانه متهم في الشهادة على عدوه والخبر أخص من الآيات فتختص به

﴿مسألة﴾ (وتقبل شهادة بعضهم على بعض في أصح الروايتين)

أما شهادة أحدهما على صاحبه فتقبل ، نص عليه أحمد وهذا قول عامة اهل العلم ، قال شيخنا ولم احمد عن احمد في الجامع فيه اختلاف وذلك لقوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين) فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها ولا يها

ولنا ما ذكرناه في البس. وإذا ثبت الحكم في القن فقي هؤلاء أولى لانهم أكل منه لوجود أسباب الحرية فيهم

(مسئلة) قل (وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره) .

هذا قول أكثر أهل العلم منعم عطاء والحسن والشعبي والزهري والشافعي واسحاق وابو عبيد وابو حنيفة واصحابه وقال مالك والليث لا تجوز شهادته في الزنا وحده لانه منهم فان المأذنة في من فعل قبيحاً أنه يجب أن يكون له نظراء وحكي عن عثمان أنه قال ودت الزانية ان النساء كلهن زنين. ولنا عموم الآيات وانه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا قبل في الزنا كغيره ومن قبلت شهادته في الزنا لم يفعل فعلاً قبيحاً يجب ان يكون له نظراء فيه ، (والثاني) انني لا اعلم ما ذكره عن عثمان ثابتاً عنه وأشبه ذلك ان لا يكون ثابتاً عنه وغير جائز ان يطلق دثان كلاماً بالظن عن ضمير امرأة لم يسمها تذكره (الثالث) ان الزاني لو تاب قبلت شهادته وهو الذي فعل الفعل اتقيح فاذا قبلت شهادته مع ما ذكره فغيره أولى فانه لا يجوز ان يلزم ولده من وزره أكثر مما يلزمه وما يمتدى

إنما ردت شهادته لانه لا يمتد في اتصال النفع ولا يمتد في شهادته عليه فوجب ان تقبل كشهادة الاجنبي بل أولى فان شهادته لنفسه لما ردت لانه في اتصال النفع الى نفسه كان اقراره عليها مقبولا وفي رواية أخرى أن شهادة احدهما لا تقبل على صاحبه حكاه القاضي في المجرى لان شهادته غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق وقال بعض الشافعية لا تقبل شهادة الابن على ابيه في قصاص ولا حد قذف لانه لا يقتل بقتله ولا يحد بقذفه فلا يلزمه ذلك والمذهب الأول لما ذكرنا ولانه يتهم له ولا يتهم عليه فشهادته عليه ابلغ في الصدق كشهادته على نفسه

(فصل) فان شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما أو قذف زوجها لما قبلت شهادتهما لان حق امهما لا يزداد به وسواء كان الشهود عليه اباهما أو اجنبياً وتوفر الميراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه

(فصل) وتجوز شهادة الرجل لابنه من الرضاعة وابه وسائر أقاربه منها لانه لانسب بينهما يوجب الاتفاق والعلة وعتق أحدهما على صاحبه وتبسطه في ماله بخلاف قرابة النسب

(مسئلة) ولا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه في احدى الروايتين (

هذا الذي ذكره الحنفي وبه قال الشعبي والنخعي ومالك واسحاق وابو حنيفة والرواية الاخرى يجوز هذا وقول شريح والحسن والشافعي وأبي ثور لانه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالأجارة (المغني والشرح الكبير) (١٠) (الجزء الثاني عشر)

الحكم إلى غيره من غير أن يثبت فيه مع أن ولده لا يلزمه شيء من وزره لقول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكماً .

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا تاب القاذف قبلت شهادته)

وجملته أن التماذف إن كان زوجاً فحق قذفه بيينة أولمان أو كان اجنبياً فحقه بالبينة أو بأقرار المقذوف لم يتعلق بقذفه فسق ولا حد ولا رد شهادة ، وإن لم يحق قذفه بشيء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته لقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) فلن تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا وروي ذلك عن عمر وإبي الدرداء وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والزهري وعبد الله بن عتبة وجعفر بن أبي ثابت وأبو الزناد ومالك والشافعي والبيهقي وإسحاق وأبو عبيد وابن المنذر وذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد وربيعة وقال شريح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري وأصحاب الرأي لا تقبل شهادته إذا جلد وإن تاب وعند أبي حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد وإن لم يقب فالحلاف معه في فصلين

وقال الثوري وابن أبي ليلى تقبل شهادة الرجل لامرأته لانه لا تهمته في حقه ولا تقبل شهادتها له لأن يساره وزيادة حقها من النفقة يحصل بشهادتها له بالمال فهي متهمة لذلك ولنا أن كل واحد من الزوجين يرث الآخر من غير حجب ويتبسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه ولأن يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ويسار المرأة يزيد في قيمة بعضها الملوك لزوجها فكان كل واحد منهما يضاف إلى الآخر قال الله تعالى (وقرن في بيوتكن) وقال (لاتدخلوا بيوت النبي) فإضاف البيوت اليهن تارة وإلى النبي ﷺ أخرى وقال تعالى (لاتنخرجن من بيوتهن) وقال عمر رضي الله عنه قال له إن غلامي سرق امرأة امرأتي : لا قطع عليه عبدكم سرق ما لكم ويفارق عقد الأجارة من هذه الوجوه كلها

﴿مسئلة﴾ (ولا تقبل شهادة السيد لعبد ولا العبد لسيد)

أما شهادة السيد لعبد فغير مقبولة لأن مال العبد لسيد فشهادته له شهادة لنفسه ولهذا قال النبي ﷺ «من باع عبداً وله مال فإله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» ولا نعلم في هذا خلافاً ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ولا لأنه بطلاق لأن في طلاق أمته تخليصاً له وإباحة بعضها في نكاح العبد نفع له ونفع مال الإنسان نفع له ولا تقبل شهادة العبد لسيد لانه يتبسط في ماله ويتنفع به ويتصرف فيه ونجب نفقته منه ولا يقطع بسرقة فلا تقبل شهادته له كالابن مع أبيه

﴿مسئلة﴾ (وتقبل شهادة الاخ لاخته وسائر الاقارب والصديق لصديقه والمولى لمعتيقه)

(أحدهما) انه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه وعند أبي حنيفة ومالك لا تسقط إلا بالجلد (والثاني) انه إذا تاب قبلت شهادته وإن جلد وعند أبي حنيفة لا تقبل وتعلق بقول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وروى ابن ماجه بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا محب ودفي الاسلام » واحتج في الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به البيعة فلا يجب به التمسك .

ولنا في الفصل الأول إجماع الصحابة رضي الله عنهم أنه يروى عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول لأبي بكر حين شهد على المغيرة بن شعبة تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعاً قال سعيد بن المسيب شهد على المغيرة ثلاثة رجال أبو بكر ونافع بن الحارث وشبل بن مبريد ونكل زياد بن جندب وروى لم يروا أقبل شهادتك فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبو بكر فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ولأنه تائب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا يحققه أن الزنا أعظم من القذف به ، وكذلك قتل النفس التي حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فاعلمنا قبلت شهادته فهذا أولى وأما الآية فهي حجة لنا فإنه استثنى التائبين بقوله تعالى (إلا الذين تابوا) والاستثناء من التني اثبات فيكون تقديره (إلا الذين تابوا) فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين

قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ ل أخيه جائزة وري ذلك عن ابن الزبير وبه قال شرح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وحكى ابن المنذر عن الثوري أنه لا تقبل شهادة كل ذي رجم محرم وعن مالك أنه لا تقبل شهادته ل أخيه إذا كان منقطعاً إليه في صاته وبره لانه منهم في حقه وقال ابن المنذر قال مالك لا تجوز شهادة الأخ ل أخيه في النسب وتجوز في الحقوق

ولنا عموم الايات ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالأجنبي ولا يصح القياس على الوالد والولد لان بينهما بمضية وقرابة بخلاف الأخ

(فصل) وشهادة الأم وابنه والخال وابنه وسائر الأقارب أولى بالجواز فان شهادة الأخ إذا اجيزت مع قربه كان تنبيهها على قبول شهادة من هو أبعد منه بطريق الأولى وتقبل شهادة أحد الصديقين للآخر في قول عامة العلماء إلا مالك قال لا تقبل شهادة الصديق الملائف لانه يجر الى نفسه نفعا بها فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه

ولنا عموم أدلة الشهادة وما قاله يبطل بشهادة الغريم للمدين قبل الحجر وإن كان ربما قضاه دينه منه فجر الى نفسه نفعا أعظم مما يرجى هنا من الصديقين وأما العداوة فسيبها محصور وفي الشهادة عليه شفاء غيظه منه بخلاف الصداقة وتجوز شهادة المولى المعتق لمتيقه لانه لا تهمة فيه أشبه الأجنبي ولانه بمنزلة الأخ وشهادة الأخ ل أخيه مقبولة كما ذكرنا

فإن قالوا إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التي تليه بدليل أنه لا يعود إلى الجلد ، قنا بل يعود إليه أيضاً لأن هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهي للجمع تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا ما منع منه مانع ولهذا ما قال النبي ﷺ «لا يؤمن الرجل الرجل في بيته ولا يجلس على تكمرته إلا بإذنه» عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعاً ولأن الاستثناء بغير ما قبله فعاد إلى الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كما شرط فإنه لو قال امرأته طالق وعبدته حران لم يقيم عاد الشرط اليها كذا الاستثناء بل يعود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى لأن رد الشهادة هو المأمور به فيكون هو الحكم والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أولى من رده إلى التعليل وحديثهم ضعيف برويه الحجاج ابن أرتاه وهو ضعيف قول ابن عبد البر : لم يرفعه من روايته حجة وقد روي من غير طريقه ولم تذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلطه ويدل على خطائه قبول شهادة كل محدود في غير القذف بعد توبته ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود نائب سوى هذا

أما الفصل الثاني فدليلنا فيه الآية فإنه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء إيجاب الجلد ورد الشهادة والفسق فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه كالجلد ولأن الرمي هو المعصية والذنب الذي يستحق به العقوبة وثبت به المعصية الواجبة لرد الشهادة والحد كفارة وتطهير

(فصل) الثاني أن يجر إلى نفسه نفماً بشهادته كشهادة السيد لمكاتبه والوارث لموروثه والعبد المأذون له في التجارة وكذلك لا تقبل شهادة الوارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال لأنه قد يسري الجرح إلى نفسه فتجب الدية لم ولا تقبل شهادة الشفع ببيع الشقص الذي له فيه الشفعة لأنه يجر إلى نفسه نفماً ولا تقبل شهادة الغرماء بدين المفلس أو بعين ولا شهادتهم للميت بدين أو مال فإنه لو ثبت للمفلس أو للميت دين أو مال تعلقت حقوقهم به ويفارق ما لو شهد الغرماء لحي لا حجر عليه بمال فإن شهادتهم تقبل لأن حقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بدمته فإن قيل إذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة فإذا شهد له بمال ملك مطالبته فجروا إلى أنفسهم نفماً قلنا لم تثبت المطالبة بشهادتهم إنما ثبتت ببساره وإقراره لدعوى الحق الذي شهدوا به قل القاضي ولا تقبل شهادة الاجير لمن استأجره نصح عليه أحمد فإن قيل فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع أنه إذا مات ورثه فقد جرد إلى نفسه نفماً بشهادته قلنا لاحق له في ماله حين الشهادة وإنما يحتمل أن يتجدد له حق وهذا لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد لامرأة يحتمل أن يتزوجها أو لغريم بمال له يحتمل أن يوفيه أو يفلس فيعلق حقه به وإنما المانع ما يحصل به نفع حال الشهادة فإن قيل فقد منعت قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال الجواز أن يتجدد له حق وإن لم يكن له حق في الحال فإن قلتم قد انقضى سبب حقه قلنا يبطل بالشاهد لموروثه الميراث فإن شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه بدليل أن عطيته له لا تنفذ عطيته لغيره تنقضي على الخروج من الثالث

فلا يجوز تعليق رد الشهادة به وإنما الجلد ورد الشهادة حكان للقذف فيثبتان جميعاً به وتختلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر وقولهم إنما يتحقق بالجلد لا يصح، لأن الجلد حكم القذف الذي تصدر تحقيقه فلا يستوفى قبل تحقق القذف وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحقق سببه ويصير متحققاً بعده؟ هذا باطل (فصل) والقاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب والشاهد بالزنا إذا لم تكمل الديانة قبل روايته دون شهادته وحكي عن الشافعي أن شهادته لا ترد.

ولنا أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكره وقال له تب أقبل شهادتك وروايته متبولة ولا نعلم خلافاً في قبول رواية أبي بكره مع رد عمر شهادته.

«مسئلة» قال (وتوبته أن يكذب نفسه)

ظاهر كلام أحمد والخرق أن توبة القاذف إكذاب نفسه فيقول كذبت فيما قلت وهذا منصوص الشافعي واختيار الاصطخري من أصحابه قال ابن عبد البر ومن قال هذا سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والشعبي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور لما روى الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر عن

قلنا إنما مننا الشهادة لموروثه بالجرح لأنه ربما أفضى إلى الموت به فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهداً لنفسه موجبا له بها حقاً ابتداء بخلاف الشاهد للمريض والمجروح بماله فإنه إنما يجب للشهود له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لا ينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغيره فإن قيل فقد أجزتم شهادة الغريم لغيره بالجرح قبل الاندمال كأجزتم شهادته له بماله قلنا إنما أجزناها لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداء إنما يجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفي الغريم منها فاشبهت الشهادة بالمال.

«مسئلة» (ولا تقبل شهادة الموذى له لدية والوكيل لموكله بما هو وكيل فيه والشريك لشريكه والغرماء المقاس بالمال واحد الشفيعين بعفو الآخر عن شفيعته وكذلك المضارب بماله المضاربة) لأنه مهم ولأن الشفعة إذا بعلت المشهود عليه توفرت على الشاهد فيكون شاهداً لنفسه ومن رد شهادة الشريك لشريكه شريكه شريكه والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً فاما أن شهد الشريك لشريكه في غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكله في غير ما هو وكيل فيه أو العدو لعدوه أو الوارث لموروثه بماله أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد أحد الشفيعين بعد أن اسقط شفيعته على الآخر باسقاط شفيعته أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو كان أحد الوصيتين لا يزالان بها الأخرى ونحو ذلك مما لا نهمه فيه فبطلت لأن المقتضي لقبول الشهادة متحقق والمانع متف فوجب قبولها عملاً بالمقتضي.

(فصل) ولا تقبل شهادة الوصي للموصى عليهم أن كانوا في حجره وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي والثوري ومالك والشافعي والأوزاعي وأبو حنيفة وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لهم إذا كان الخصم غيره لأنه أجنبي منهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية.

النبي ﷺ انه قال في قوله تعالى (الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) قال توبته اكداب نفسه ولان عرض المقتوف تلوث بقذقه فاكدابه نفسه يزيل ذلك التلوث فتكون التوبة به وذكر القاضي أن القذف ان كان سباً فالتوبة منه اكداب نفسه وان كان شهادة فالتوبة منه أن يقول القذف حرام باطل ولن أعود إلى ما قلت وهذا قول بعض اصحاب الشافعي قال وهو المذهب لانه قد يكون صادقاً فلا يؤثر بالكذب والخبر محمول على الاقرار بالبطلان لانه نوع اكداب

والأولى انه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والاقرار ببطلان ما قاله وتحريمه وانه لا يعود إلى مثله وان لم يعلم صدق نفسه فتوبته اكداب نفسه سواء كان القذف بشهادة او سب لانه قد يكون كاذباً في الشهادة صادقاً في السب

ووجه الاول ان الله تعالى سمي القاذف كاذباً إذا لم يأت بأربعة شهداء على الإطلاق بقوله سبحانه (ولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فادلم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى انه كاذب في حكم الله وان كان في نفس الامر صادقاً

(فصل) وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه متى تاب منه قبل الله توبته بدليل قوله تعالى (والذين إذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب إلا الله ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون * أولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم) الآية وقال (ومن يعمل

وإنما انه شهد بشيء هو خصم فيه فاه الذي يطالب بحقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته به كما لو شهد بمال نفسه ولاه بأكل من أموالهم عند الحاجة فيكون متعها بالشهادة به وقولهم في حجره احتزوا مالو شهد لهم بعد روال ولايته عنهم فانها تقبل والحكم في أمين الخاتم يشهد للايتام الذين هم تحت ولايته كالحكم في الوصي سواء قياساً عليه فاما شهادته عليهم فمقبولة لانعلم فيه خلافاً فانه لايتهم عليهم ولايجر شهادته عليهم نفعاً ولا يدفع بها عنهم ضرراً فهو كالأجنبي

(فصل) الثالث أن يدفع عن نفسه ضرراً كشهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ والغرماء بجرح شهود الدين على الفليس والسيد بجرح من شهد على مكاتبه أو عبده بدين والوصي بجرح الشاهد على الايتام والشريك بجرح الشاهد على شريكه وسائر من لا تقبل شهادته لانسان اذا شهد بجرح الشاهد عليه .

إنما لم تقبل شهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ لما فيه من دفع الدية عن انفسهم فان كان الشاهدان بالجرح قعيرين احتمل قبول شهادتهما لانهما لا يحملان شيئاً من الدية واحتمل ان لا تقبل لجواز أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل وكذلك الخلاف في البعيد الذي لا يحمل لبعده لجواز أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو البراء منه ولا شهادة أحد الشفعين على الآخر باسقاط شفعته ولا شهادة بعض غرماء الفليس على بعض باسقاط دينه أو استيفائه أو بعض من أوصي له بمال على آخر بما يبطل وصيته إذا كانت

سوءاً أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يمجده الله غفوراً رحيماً) ولأن النبي ﷺ قال «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» وقال عمر رضي الله عنه بقية عمر المؤمن لا قيمة له يدرك فيه مافات ويحيى فيه ما ألمات ويبدل الله سيئاته حسنات

والتوبة على ضربين باطنية وحكيمة، فأما الباطنية فهي ما بينه وبين ربه تعالى فإن كانت المنصية لا توجب حقاً عليه في الحكم كقبلة اجنبية أو خلوة بها وشرب مسكر أو كذب فالتوبة منه الندم والعزم على أن لا يعود وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «الندم توبة» وقيل التوبة النصوح تجمع أربعة أشياء الندم بالقلب والاستغفار باللسان وإضمار أن لا يعود ومجانبة خطاء السوء وإن كانت توجب عليه حقاً لله تعالى أو لآدمي كمنع الزكاة والنصب فالتوبة منه بما ذكرنا وترك المظلة جنس إمكانه بأن يؤدي الزكاة ويرد المنصوب أو مثله إن كان مثلياً والأقيمت وإن عجز عن ذلك نوى رده متى قدر عليه فإن كان عليه فيها حق في البدن فإن كان حقاً لآدمي كالتقصاص وحدائق اشتراط في التوبة المتمكين من نفسه وبذلها للمستحق وإن كان حقاً لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته أيضاً بالندم والعزم على ترك العود ولا يشترط الاقرار به فإن كان ذلك لم يشتهر عنه فالأولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى لأن النبي ﷺ قال «من آتى شيئاً من هذه القاذورات فليست بستر الله تعالى فإنه من أبدى لنا صفحته اقنأنا عليه الحد» فإن القادمة حين اقترت بالزنا لم

وصيته تحصل بها مزاحمته إما لضيق اثاث عنهما أو لكون الوصيتين بمدين فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه لأن اشهاد به متهم لما يحصل بشهادته من دفع الضرر عن نفسه ونفعها فيكون شاهداً لنفسه، وقد قال الزهري مضت السنة في الاسلام أن لا يجوز شهادة خصم ولا ظنين والظاهر المتيقن، وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم «أن لا شهادة لخصم ولا ظنين»

(فصل) الرابع العداوة كشهادة المقتوف على قاذفه والمقطوع عليه الطريق على قتلهم والزواج بالزنا على امرأته.

وجملة ذلك أن شهادة العدو لا تقبل على عدوه في قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة والثوري وإسحاق ومالك والشافعي والمزاد بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية مثل شهادة المقتوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على انقطاع والمقتول ولديه على القاتل والمجروح على الجراح والزواج يشهد بالزنا على امرأته فلا تقبل شهادته لأنه يقر على نفسه بعداوته لها بإفسادها فراشه، وأما العداوة في الدين كالسلم يشهد على الكافر أو الحق من أهل السنة يشهد على المبتدع فلا ترد شهادته لأن العداوة في الدين والدين يمنع من ارتكاب محظور في دينه، وقال أبو حنيفة لا تمنع العداوة الشهادة لأنها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصدقة لا تمنع الشهادة له

(فصل) ظاهر كلام أحد والخرقى انه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة ولايته في النكاح اصلاح العمل وهو أحد القولين للشافعي وفي القول الآخر يعتبر اصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا ولم يكمل عدد الشهود فانه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار اصلاح

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (الشرط الخامس ان يشهد الفاسق بشهادة فترد ثم يتوب فيعيدها فانها لا تقبل للهمة) وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأي وقال ابو ثور والمزني وداود تقبل قول

وماعداه فلا تكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة تظاهر فيها توبته ويتبين فيها صلاحه. وذكر أبو الخطاب هذا رواية لأحمد لأن الله تعالى قال (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) وهذا نص فإنه نهي عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب المصلح، ولأن عمر رضي الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر به جراحه حتى بلغته توبته فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة

ولنا قوله عليه السلام «التوبة تجب ما قبلها» وقوله «التائب من الذنب من الذنب لمن لا ذنب له» ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة فكل ذلك الأحكام ولأن التوبة من الشرك بالإسلام لا تحتاج إلى اعتبار ما بعده وهو أعظم الذنوب كلها فما دونه أولى فاما الآية فيحتمل أن يكون الإصلاح هو التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين ودليل ذلك قول عمر لا بي بكرة تب اقبل شهادتك ولم يعتبر أمراً آخر ولأن من كان غاصباً فرد ما في يديه أو مانعاً الزكاة فأداها وتاب إلى الله تعالى قد حصل منه الإصلاح وعلم نزوعه عن مصيبته بإداء ما عليه ولو لم يرد التوبة. لا أدى ما في يديه ولأن تقييده بالسنة تحكم لم يرد الشرع به والتقدير إنما يثبت بالتوقيف وما ورد عن عمر في حق صبيغ إنما كان لأنه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والمجران فيحتمل أنه أظهر التوبة تسيراً بخلاف مثلنا

وقد ذكر القاضي أن التائب من البدعة يعتبر له مضي سنة لحديث صبيغ رواه أحمد في الورع قال ومن علامة توبته أن يجتنب من كان يواليه من أهل البدع ويوالي من كان يعاديه من أهل السنة

ابن النثر والنظر يدل على هذا لأنها شهادة تقبل في غير هذه الشهادة قبلت فيها قياساً على غيرها وكما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد إسلامه

ولنا أنه منهم في أدائها لأنه يبرئ بردها وتلحقه غصاصة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به الدار فتلحقه التهمة في أنه قصد اظهار المدالة واعادة الشهادة لتقبل فيزول ما حصل بردها ولأن الفسق يخفى فيحتاج في معرفته إلى بحث واجتهاد فعند ذلك نقول شهادته مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد لأن ذلك يؤدي إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد وفارق ما لو إذا رد شهادة كافر لكفره أو صبي لصنزه أو عبد لرقه ثم أسلم الكافر وبلغ الصبي وعق المبد واعدوا تلك الشهادة فانها لا ترد لأنها لم ترد أولاً بالاجتهاد وإنما ردت باليقين ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم أنه فعلهما لتقبل شهادته والكافر لا يرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت

(مسئلة) ولو لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلاً قبلت

وذلك لأن التهمة لا تعتبر فيه المدالة ولا البلوغ ولا الإسلام لأنه لا تهمة في ذلك وإنما يعتبر ذلك للاداء فإذا رأى الفاسق شيئاً أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نمله وهكذا

(المغني والشرح الكبير) (١١) (الجزء الثاني عشر)

والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها إلا أن تكون التوبة بفعل يشبه الإكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة تظهر أن توبته على إخلاص لا عن إكراه وللحاكم أن يقول للمتظاهر بالمصيبة أقبل شهادتك قال مالك لأعرف هذا ، قال الشافعي وكيف لا يعرفه وقد أمر النبي ﷺ بالتوبة وقاله عمره لابي بكر؟

«مسئلة» قال (ومن شهد بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل وردت عليه لم تقبل منه في حال عدالته)

وجلته أن الحاكم إذا شهد عنده فاستق فرد شهادته افسقه ثم تاب وأصلح وأعاد تلك الشهادة لم يكن له أن يقبلها وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابو ثور والمزني وداود تقبل ، قال ابن المنذر والنظر يدل على هذا لانها شهادة عدل فتقبل كالو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد اسلامه .

ولنا انه متهم في ادائها لانه يميز بردها ولحنته غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به وصلا حله بعد ذلك من فله يزول به العار فلمحقه تهمة في أن قصد اظهار العدالة واعاد الشهادة لتقبل فيزول ما حصل ردها ولان الفسق يخفى فيحتاج في معرفته إلى بحث واجتهاد فعند ذلك نقول شهادة مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد لان ذلك يؤدي إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد وفارق ما اذا

الصبي والكافر في زمن النبي ﷺ يروون عنه بعد ان كبروا كالحسن والحسين وابن عباس وابن الزبير وابن جعفر وانعمان بن بشير ، والزواية في معنى الشهادة تشترط لها العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة

«مسئلة» (ولو شهد وهو كافر أو صبي أو عبد فردت شهادتهم ثم أعادوها بعد زوال الكفر والصبا والرق قبلت)

ولما ذكرنا في الفصل الذي قبله وقد روي عن النخعي والزهري وقتادة وأبي الزناد ومالك انها ترد أيضا في حق من أسلم وبلغ وعنه أحد رواية كذلك لانها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقا وقد ذكرنا ما يقتضي فرقا بينهما في فترة ، وروي عن أحمد في العبد إذا ردت شهادته لرقه ثم عتق واعاد تلك الشهادة روايتان وقد ذكرنا الاولى ان شهادته تقبل لان العتق من غير فعله وهو أمر يقهر بخلاف الفسق «مسئلة» (وان شهد لمكاتبه او لوروثه بمجرد قبل رثته فردت ثم أعادها بعد عتق المكاتب

وبره الجرح في ردها وجهان)

(أحدهما) تقبل لان زوال المانع ليس من فعلهم فأشبه زوال الصبا والبلوغ ولان ردها بسبب لا عار فيه فلا يهتم في قصد نفي العار باعادتها بخلاف الفسق (والثاني) لا تقبل لان ردها باجتهاده فلا ينعضها باجتهاده والاوّل أصح فان الاصل قبول

ردت شهادة كافر اكفره أو صي لصغره أو عبد لرقه ثم أسلم الكافر وبلغ الصبي وعق العبد وأعادوا تلك الشهادة فانها لا ترد لانها لم ترد أولاً بالاجتهاد وانما ردت باليقين ولان البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم في انه فعلهما لتقبل شهادته والكافر لا يرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت عليه

وقد روي عن النخعي والزهري وقادة وابي الزناد ومالك أنها ترد أيضاً في حق من أسلم وبلغ وعن احمد رواية أخرى كذلك لانها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقاً وقد ذكرنا ما يقتضي فرقا بينها فيفرقان ، وروي عن احمد في العبد اذا ردت شهادته لرقه ثم عتق وادعى تلك الشهادة روايتان ، وقد ذكرنا ان الاولى ان شهادته تقبل لان العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق

(فصل) وإن شهد السيد لمكتابه فردت شهادته أو شهد وارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال فردت شهادته ثم عتق المكتاب وبرأ الجرح وأعادوا تلك الشهادة في قبولها وجهاً (أحدهما) تقبل لان زوال المانع ليس من فعلهم فاشبه زوال الصبي بالبلوغ ولان ردها بسبب لا عار فيه فلا يتهم في قصد نفي العار باعادتها بخلاف الفسق (والثاني) لا تقبل لانه ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده والاول أشبه بالصحة فان الاصل

شهادة العدل لم يمنع منه ما نع ولا يصح القياس على الشهادة مردودة بالفسق لما ذكرنا بينها من الفرق ويخرج على هذا كل شهادة مردودة إما للهمة او لعدم الاهلية إذا أعادوها بعد زوال الهمة ووجود الاهلية هل تقبل ؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وان شهد الشريك بعفو شريكه عن الشفعة ثم عفا الشاهد عن شفيعته وأعاد تلك الشهادة لم تقبل ذكره القاضي)

لانه منهم فاشبه لفاسق والاولى أنها تخرج على الوجهين لانها إن اردت لكونها يجربها الى نفسه فقام وقد زال ذلك بعفوه والله أعلم .

(باب أقسام المشهود به)

والمشهود به ينقسم خمسة أقسام : (أحدها) الزنا وما يوجب حده فلا يقبل فيه إلا أربعة رجال أحرار . أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود وقد نص الله تعالى عليه بقوله (سبحانه) لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فاذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون) وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال « أربعة إلا حد في ظهرك » في أخبار سوى هذا وأنجموا على أنه يشترط كونهم عدولا لا ظاهراً

قبول شهادة العدل ما لم يمنع منه مانع ولا يصح القياس على الشهادة المردودة للفسق لما ذكرنا بينهما من الفرق ويخرج على هذا كل شهادة مردودة إما لاهمة أو لعدم الاهلية إذا أعادها بعد زوال التهمة ووجود الاهلية فهل تقبل ؟ على وجهين

«مسئلة» قال (وان كان لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلاً قبلت منه)

يدل ذلك لان التحمل لا يعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الاسلام لانه لاتهمه في ذلك وانما يعتبر ذلك في الاداء فاذا رأى الفاسق شيئاً أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف فعلمه وهكذا الصبي والكافر اذا شهد بعد الاسلام والبلوغ قبلت وكذلك الرواية ولذلك كان الصبيان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم يروون عنه بعد أن كبروا كالحسن والحسين وابن عباس والنعمان ابن بشر وابن الزبير وابن جعفر والشهادة في معنى الرواية ولذلك اعتبرت له العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة

«مسئلة» قال (ولو شهد وهو عدل فلم يحكم بشهادته حتى حدث منه ما لا تجوز شهادته

معه لم يحكم بها

وجملة ذلك أن الشاهدين اذا شهدا عند الحاكم وهما ممن تبطل شهادته ولم يحكم بها حتى فسقا أو

وباطن مسلمين سواء كان المشهود عليه مسلماً أو ذمياً وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالاً أحراراً فلا تقبل فيه شهادة النساء ولا العبيد وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وشذ أبو ثور فقال تقبل شهادة العبيد وحكاه أبو الخطاب والشافعي رواية في المذهب ، وحكي عن حماد وعطاء أنها قالا تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لأنه تعالى واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالأموال ولما ظهر الآية وان العبد مختلف في شهادته فكان ذلك شبهة في الحد لانه يتدرى بالشبهات ولا يصح قياس هذا على الأموال لحقة حكمها وشدة الحاجة إلى إثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط في حفظها ولهذا زيد في عدد شهود الزنا على شهود المال

«مسئلة» (وهل يثبت الاقرار بالزنا بشاهدين أو لا يثبت الا بربعة ؟ على روايتين)

والشافعي قولان (أحدهما) يثبت بشاهدين قياساً على سائر الاقارير (والثاني) لا يثبت الا بأربعة لانه موجب لحد الزنا فاشبه فعله

(فصل) (الثاني القصاص وسائر الحدود فلا يقبل فيه إلا رجلان حران)

الاماروي عن عطاء وحماد انها قالا يقبل فيه رجل وامرأتان قياساً على الشهادة في الأموال ولما ان هذا مما يحتاج لدرثه واسقائه ولهذا يتدرى بالشبهات ولا تدعو الحاجة إلى اثباته وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (أن تغفل إحداها فتذكر إحداها الاخرى) وان شهادتهن

(أحدهما) يستوفى وهذا قول أبي حنيفة لانه حق آدمي مطالب به أشبه المال

كالشهادة على زنا المحصن.

والشهود إذا لم تكمل شهادتهم فلم يجز ان يلحق به ما ليس مثله

فقتله وقد ذكرنا ذلك فان كانت الشهادة بالجرح فملا ضربه فلو ضربه أو فاضحه منه أو فوجدناه موضعا

من الضربة قبلت شهادتهما فإن قالا ضربه فأتضح رأسه أو فوجدناه موضحا أو فاسال دمه أو وجدنا

في رأسه موضحة لم يثبت الايضاح لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ولا بد من تعبير الموضحة

في إيجاب القصاص لأنه إن كان في رأسه موضحتان فيحتاجان إلى بيان ما شهدا به منهما وإن كانت

(والثاني) لا يستوفى وهو قول محمد لانه عقوبة على البدن تدرء بالشبهات أشبه الحد وللشافعي وجهان كهذين ، وأما ما حدث بعد الاستيفاء فلا يؤثر في حد ولا حق لان الحق استوفى بما ظاهره الصحة وسوغ الشرع استيفاءه فلم يؤثر فيه ما طرأ بعده كما لو لم يظهر شيء
(فصل) فاما إن أديا الشهادة وهما من أهلها ثم ماتا قبل الحكم بها حكم الحاكم بشهادتهما سواء ثبتت عدائتهما في حياتهما أو بعد موتهما وسواء كان المشهود به حداً أو غيره وكذلك إن جنوا أو أغمى عليهم وبهذا قال الشافعي لان الوت لا يؤثر في شهادته ولا يدل على الكذب فيها ولا يحتمل أن يكون موجودا حال اداء الشهادة والجنون والاعماء في معناه بخلاف الفسق والكفر

« مسئلة » قال (وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة في كل شيء الا في الحدود اذا كان الشاهد الاول ميتاً أو غائباً)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) في جوازها (والثاني) في موضعها (والثالث) في شرطها . أما الاول فإن الشهادة على الشهادة جائزة باجماع العلماء ، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي قل أبو عبيد أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الاموال ولان الحاجة داعية اليها فانها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وما يتأخر اثباته عند

واحدة فيحتمل ان يكون قد أوسعها غير المشهود عليه فيجب ان يعينها الشاهدان فيقولان هذه فان قالوا أوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما وإن قالوا لانعلم قدرها أو مريضها لم يحكم بالقصاص لانه يتعذر مع الجمالة وتجب دية الموضحة لانها لا تختلف باختلافها وإن قالوا ضرب رأسه فأسال دمه في بازلة وإن قالوا فسال دمه لم يثبت شيء لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر وإن قالوا نشهد أنه ضربه فقتل يده ولم يكن أفعاع اليدين قبلت شهادتهما وثبتت القصاص لعدم الاشتباه وإن كان أفعاع اليدين ولم يعين المقتوعة لم يجب قصاص لانهما لم يعينا اليد التي يجب فيها القصاص منهما وتجب دية اليد لانها تختلف باختلاف الايدي

(فصل) فإن شهد أحدهما أنه أقر بقتله عدداً والآخر أنه أقر بقتله ولم يقل عدداً ولا خطأ ثبت القتل لان البيئة قد كتمت عليه ولم تثبت صفته فنسأل المشهود عليه عن صفته فان أنكر أصل القتل لم يقبل إنكاره لقيام البيئة به وإن أقر بقتل العمد ثبت باقراره وإن أقر بالخطأ فانكر الولي فالقول قول القتال وهل يستحلف على ذلك ؟ يخرج فيه وجهان فان صدق الولي على الخطأ ثبت عليه وإن أقر بقتل العمد وكذبه الولي وقيل بل كان خطأ لم يجب القود لان الولي لا يدعيه وتجب دية الخطأ ولا تحملها لماقلة في هذه المواضع كلها ولا شيئاً منها وتكون في ماله لانها لم تثبت ببيئة وفي بعضها ائتمان مقرر فيها في ماله دون مال عاقلته وإن شهد أحدهما أنه قتله عدداً وشهد الآخر أنه قتله خطأ ثبت القتل

الحاكم ثم يموت شهوده وفي ذلك ضرر على الناس وشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الاصل .
(الفصل الثاني) انها تقبل في الاموال وما يقصد به المال باجماع كما ذكر ابو عبد ولا تقبل في
حد وهذا قول النخعي والشمسي وابي حنيفة وأصحابه وقال مالك والشافعي في قول وأبو ثور: تقبل في الحد .
وكل حق لان ذلك يثبت بشهادة الاصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كاللأصل

ولنا ان الحدود مبنية على السر والدرء بالشبهات والاستقاط بالرجوع عن الاقرار والشهادة
على الشهادة فيها شبهة فانها يتطرق اليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود ائمة مع احتمال
ذلك في شهود الاصل وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهادة الاصل وهو معتبر بدليل انها لا تقبل
مع اقدرة على شهود الاصل فوجب ان لا تقبل في ما يندري بالشبهات ولا انها تقبل للحاجة ولا حاجة
اليها في الحد لان ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ولانه لا نص فيها ولا يصح قياسها على الاموال
لما بينهما من الفرق في الحاجة واتساعها فيها ولا يصح قياسها على شهادة الاصل لما ذكرنا من الفرق
فبدل اثباتها وظاهر كلام احمد انها لا تقبل في امصاص أيضاً ولا حد ائمة لانه قل انما يجوز في
الحقوق أما الدماء والحد فلا وهذا قول أبي حنيفة

وقال مالك والشافعي وأبو ثور تقبل وهو ظاهر كلام الحارثي لنوله: في كل شيء إلا في الحدود ولانه
حق آدمي لا يسقط بالرجوع عن الاقرار به ولا يستحب ستره فأشبهه الاموال ، وذكر أصحابنا هذا

دون صفته ويطالب ببيان صفته على ما ذكرنا لان الفعل قد يعتقده أحدهما خطأ والآخر عمداً
ويكون الحكم كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقتله خطأً. أن الشهود عليه يسأل على ما ذكرنا في أول الفصل
فإن شهد أحدهما أنه قتله غدوة والآخر أنه قتله عشية أو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وقال الآخر
بعضاً لم تتم الشهادة ذكره القاضي لان كل واحد منهما يخالف صاحبه ويكذبه، وهو مذهب الشافعي
وقال أبو بكر يثبت القتل لاتفاقهما عليه واختلافهما في الصفة فيثبت القتل كما لو شهد أحدهما بقتل
العمد والآخر بقتل الخطأ والاول أصح لان القتل غدوة غير "سيف عشية ولا يتصور أن يقتل غدوة
ثم يقتل عشية ولا ان يقتل بسيف ثم يقتل بخلأف الخطأ والعمد فان الفعل واحد والخلاف في
نيته وقصده وقد يخفى ذلك على أحدهما دون الآخر فان شهد أحدهما أنه قتله وشهد الآخر أنه قر
بقتله ثبت القتل نص عليه أحمد واختاره أبو بكر واختار القاضي أنه لا يثبت وهو مذهب الشافعي لان
أحدهما شهد بغير ما شهد به الآخر فلم تتفق شهادتهما على فعل واحد

ولنا أن الذي أقر به هو القتل الذي شهد به الشاهد فلا تنافي بينهما فيثبت بشهادتهما كما لو
شهد أحدهما بالقتل عمداً وشهد الآخر بالقتل خطأ أو كلاً شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر
أنه أقر له بألف .

(فصل) اذا قتل رجل عمداً قتلًا يوجب امصاص فشهد أحد الورثة على واحد منهم أنه غني

رواية عن أحمد لان ابن منصور نقل ان سفيان قال شهادة رجل مكان رجل في الطلاق جائزة قال أحمد ما أحسن ما قال ؟ فجملة أصحابنا رواية في القصاص وليس هذا برواية ذن الطلاق لا يشبه القصاص والمذهب أنها لا تقبل فيه لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات وتبنى على الاسقاط فأشبهت الحدود فأما ماعدا الحدود والقصاص والاموال كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت الا بشاهدين فنص أحمد على قبولها في الطلاق والحقوق فيدل على قبولها في جميع هذه الحقوق وهو قول الخريفي

وقال ابن حامد لا تقبل في النكاح ونحوه قول أبي بكر فلي قوليها لا تقبل الا في المال وما يقصد به المال وهو قول أبي صبيد لأنه حق لا يثبت الا بشاهدين فأشبه حد القذف ووجه الاول انه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال وهذا فارق الحدود

(الفصل الثالث في شروطها) ولها ثلاثة شروط [أحدها] أن تتعذر شهادة الاصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي . وحكي عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الاصل قياساً على الرواية وأخبار الديانات . وروي عن الشعبي أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الاصل لأنها إذا كانتا حين رجعي حضورهما فكأننا كالحاضرين وعن أحمد مثل هذا إلا ان القاضي تأوله على الموت وما في معناه من الغيبة البعيدة ونحوها ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا فيزول هذا الخلاف

عن القصاص سقط القود سواء كان الشاهد عدلاً أو فاسقاً لان شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص وقوله مقبول في ذلك ذن أحد الوالدين إذا عفا عن حقه سقط القصاص كله ويشبه هذا ما لو كان عبد بين شريكين فشهد أحدهما ان شريكه أعنتق نصيبه وهو موسر عنتق نصيب الشاهد . وإن أنكره الآخر فإن كان الشاهد شهيداً بالعمو عن القصاص والمال لم يسقط المال لان الشاهد اعترف ان نصيبه سقط بغير اختياره فأما نصيب الشهود عليه فإن كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته فلقول قول المشهود عليه مع يمينه اذا حلف ثبتت حصته من الدية وإن كان مقبول القول حلف الجاني معه وسقط حق المشهود عليه ويحلف الجاني انه عفا عن الدية ولا يحتاج الى ذكر العفو عن القصاص لانه قد سقط بشهادة الشاهد فلا يحتاج الى ذكره في اليمين لانه اذا حلف على ما يدعى عليه ولا يدعى عليه غير الدية

(فصل) اذا جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والولودين وكانت الجراح مندملة قيات شهادتهما لانها يجبران الى أنفسهما نفعا وإن كانت غير مندملة لم يحكم بشهادتهما وقد ذكرناه وان شهد وارث المريض له بمال فقي قبول شهادتهم وجهاً (أظهرهما) قبولهما كما لو شهد له وهو صحيح

(واثنى) لا تقبل لانه متى ثبت المال للمريض تعاق حق ورثته به ولهذا لا ينفذ تبرعه فيه فيما

ولنا على اشتراط تمذر شهادة شاهد الاصل انه اذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الاصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع وكان أحوط للشهادة فان سماعه منهما معلوم وصدق شاهدي الفرع مظنون والعمل باليقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن ، ولان شهادة الاصل تثبت نفس الحق وهذه انما تثبت الشهادة عليه ، ولان في شهادة الفرع ضعفاً لانه يتطرق اليها احتمالان : احتمال غلط شاهدي الاصل واحتمال غلط شاهدي الفرع فيكون ذلك وهماً فيها ولذلك لم تنتهض لاثبات الحدود والقصاص فينبغي أن لا تثبت إلا عند عدم شاهدي الاصل كسائر الابدال ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لانه خفف فيها ولهذا لا يعتبر فيها العدد ولا الدورية ولا الحرية ولا اللفظ والحاجة داعية اليها في حق عموم الناس بخلاف مسئلتنا

ولنا على قبولها عند تمذرها بغير الموت انه تمذرت شهادة الاصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهد الاصل وبخالف الحاضرين فان سماع شهادتهما يمكن فلم يجر غير ذلك إذا ثبت هذا فذكر القاضي ان الغيبة المشترطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الاصل بموضع لا يمكنه أن يشهد ثم يرجع من يومه وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعي لان الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر وقد قال الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وإذا لم يكلف الحضور تمذر سماع شهادته فاحتيج الى سماع شهادة الفرع

زاد على الثالث وان شهد لجروح بالجرح من لا يرثه لكونه محجوباً كالاخوين يشهد ان لآخيهما وله ابن سمعت شهادتهما فان مات ابنه نظرت فان كان الحاكم حكم بشهادتهما لم ينقض حكمه لان ما يطرأ بعد الحكم بالشهادة لا يؤثر فيها كالفسق ، وان كان ذلك قبل الحكم بالشهادة لم يحكم بها لانها صاروا مستحقين فلا يحكم بشهادتهما كالفسق الشاهدان قبل الحكم بشهادتهما ، وان شهد على رجل بالجرح الموجب للدية على العاقلة فشهد بعض عاقلة المشهود عليه بجرح الشهود لم تقبل شهادته وان كان فقيراً لانه قد يكون ذاملاً وقت القتل فيكون دافعا عن نفسه ويحتمل ان تقبل لانها لا يحملان شيئاً من الدية وان كان الجرح مما لا تحمله العاقلة كجراحة العمى سمعت شهادتهما لانها لا يدفمان عن أنفسهما ضرراً ، وان كان الشاهدان شهدا على اقراره بالجرح قبلت لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وان كانت شهادتهما بجرح عقله دون ثلث الدية خطأ وكانت شهادتهما بالجرح قبل الاندمال لم تقبل لانها ربما صارت نفساً فتحملها وان كان بعده قبلت لانها لا تحمل ما ، ون ذلك

(فصل) وإذا شهد رجلان على رجلين انهما قتلا رجلاً ثم شهد المشهود عليهما على الاولين انهما اللذان قتلاه فصدق الولي الاولين وكذب الآخرين وجب القتل عليهما لان الولي يكذبهما وهما يدفمان بشهادتهما عن أنفسهما ضرراً وان صدق الجميع بطلت شهادتهم أيضاً لانه يتصديق (المفتي والشرح الكبير) (١٢) (الجزء الثاني عشر)

وقال أبو الخطاب تعتبر مسافة القصر وهو قول أبي حنيفة وأبي الغائب العبدي مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله لأن مادون ذلك في حكم الحاضر في الترخيص وغيره بخلاف مسافة القصر ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم فلو شهد شاهد الفرع فلم يحكم بشهادتهما حتى حضر شاهداً الاصل وقف الحكم على جماع شهادتهما لأنه قدر على الاصل قبل العمل بالبدل فلم يجوز العمل به كالتميم يقدر على الماء قبل الصلاة ولأن حضورهما لو وجد قبل أداء شهادتهما الفرع منع فذاطراً قبل الحكم منع منه كالفسق (الشرط الثاني) ان يتحقق شروط الشهادة من العدالة وغيرها في كل واحد من شهود الاصل والفرع على الوجه الذي ذكرناه لأن الحكم ينبغي على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما ولا خلاف في هذا فعلمه فان عدل شهود الفرع شهود الاصل فشهدا بعدئلهما وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف فعلمه وإن لم يشهدا بعدئلهما جاز ويتولى الحاكم ذلك فان علم عدلتهما حكم وإن لم يعرفها بحث عنها وبهذا قال الشافعي

وقال الثوري وأبو يوسف إن لم يعدل شاهداً الفرع شاهدي الاصل لم يسمع الحاكم شهادتهما لأن ترك تعديله يرتاب به الحاكم وليس بصحيح لأنه يجوز أن لا يعرف ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ويجوز أن يعرف عدلتهما ويتركاها اكتفاء بما ثبتت عند الحاكم من عدلتهما ولا بد من استمرار هذا الشرط ووجود العدالة في الجميع إلى انقضاء الحكم لما ذكرنا في شاهد الاصل قبل هذا، وإن مات

الاولين مكذب للآخرين وتصديقه الآخرين تكذيب للاولين وهما متهمان لما ذكرناه فان قيل فكيف تصور هذه المسئلة والشهادة انما تكون بعد الدعوى فكيف يتصور فرض تصديقهم وتكذيبهم؟ قلنا يتصور ان يشهدا قبل الدعوى إذا لم يعلم الولي من قتله ولهذا روي عن النبي ﷺ انه قال « خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل ان يسأله » وهذا معنى ذلك

(فصل) (الثالث ما ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال غير الحدود والقصاص كالنكاح والطلاق والرجعة والنسب والعق والولاء والوكالة في غير المال والوصية اليه وما أشبه ذلك فلا يقبل فيه الا رجلان وعنه في الرجعة والنكاح والعق انه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وعنه في العق انه يقبل فيه شاهد وبعين المدعي وقال القاضي النكاح وحقوقه من الطلاق والخلع والرجعة لا يثبت إلا بشاهدين رواية واحدة والوكالة والوصية والكتابة ونحوها تخرج على روايتين)

وجملة ذلك ان ما ليس بمقوبة ولا يقصد به المال كالنكاح والرجعة والطلاق والعق والايلاء والظهار والنسب والتوكيل والوصية اليه والولاء والكتابة وأشياء هذا فقال القاضي الممول عليه في المذهب ان هذا لا يثبت الا بشاهدين ذكرين ولا يقبل فيه شهادة النساء بحال وقد نص أحمد في رواية الجماعة على انه لا تجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق وقد نقل عن أحمد في الوكالة ان كانت بمطالبة دين يعني يقبل فيها شهادة رجل وامرأتين فأما غير ذلك فلا ووجه ذلك ان الوكالة

شهود الاصل والفرع لم يمنع الحكم وكذلك لو مات شهود الاصل قبل اداء الفروع شهادتهم لم يمنع من اداؤها والحكم بها لان موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعاً وكذلك إن جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

(الشرط الثالث) أن يعينا شاهدي الاصل ويسمياهما ، وقال ابن جرير إذا قلنا ذكرين حرين عدلين جاز ، وإن لم يسميا لان الغرض معرفة الصفات دون العين وليس بصحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيرهما ولان الشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود فإذا لم يعرف أعيانها تعذر عليه ذلك

(الشرط الرابع) أن يسترعيه شاهد الاصل الشهادة فيقول أشهد على شهادتي أي أشهد أن فلان على فلان كذا أو أقر عندي بكذا ، أو سمع شاهداً يسترعي آخر شهادة يشهد عليها فيجوز لهذا السامع أن يشهد بها لحصول الاسترعاء ويحتمل أن لا يجوز له أن يشهد إلا أن يسترعيه بيته وهو قول أبي حنيفة ، قال احمد لا تكون شهادة إلا أن يشهدك فأما اذا سمعته يتحدث فأنما ذلك حديث وبما ذكرناه قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد فأما إن سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يميزه إلى سبب نحو أن يقول أشهد أن فلان على فلان ألفاً من ثمن مبيع فهل يشهد به ؟ قال أبو الخطاب فيه روايتان

في اقتضاء الدين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحالة قال القاضي فيخرج من هذا ان النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة وما عداها يخرج على روايتين وقال أبو الخطاب في النكاح والعناق أيضاً روايتان

(أحدهما) لا يقبل فيه الا شهادة رجلين وهو قول النخعي والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق

(والثانية) تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين روي ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك في النكاح عن عطاء واحتجوا بأنه لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال

ولنا انه ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص وما ذكره لا يصح فان الشبهة لا مدخل لها في النكاح وان تصور بان تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح

(فصل) وقد نقل عن أحمد في ادعاء ما يدل على انه لا يثبت الا بثلاثة لحديث قبيصة بن مخارق وفيه «حتي يشهد ثلاثة من ذوي الحجي من قومه لقد أصابت فلاناً فاقه» قال أحمد هكذا جاء الحديث

وذكر القاضي أن له الشهادة به وهو مذهب الشافعي لانه بالشهادة عند الحاكم ونسبته للحق إلى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الاشكال فتجوز له الشهادة على شهادته كما لو استرعه (والرواية الاخرى) لا يجوز أن يشهد على شهادته وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد لان الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه إلا بإذنه ومن نصر الاول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه لانه لا يشهد شل شهادته وإنما يشهد على شهادته ، فأما إن قال اشهد أني أشهد على فلان بكذا فلا شبه أن يجوز أن يشهد على شهادته وهذا قول أبي يوسف لان معنى ذلك اشهد على شهادتي وقال أبو حنيفة لا يجوز إلا أن يقول اشهد على شهادتي اني اشهد لانه إذا قال اشهد فقد أمره بالشهادة ولم يسترعه وما عدا هذه المواضع لا يجوز أن يشهد فيها على الشهادة ، فإذا سمعه يقول اشهد أن فلان على فلان ألف درهم لم يميز أن يشهد على شهادته لانه لم يسترعه الشهادة فيحتمل أن يكون وعده بها وقد وصف الوعد بالوجوب مجازاً عن النبي ﷺ قال « المدة دين » ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يميز لسمعه الشهادة به ، فان قيل فلو سمع رجلاً يقول لفلان علي ألف درهم جاز أن يشهد بذلك فكذا هذا قلنا الفرق بينهما من وجهين :

(أحدهما) أن الشهادة تحتمل العلم ولا تحتمل الاقرار

فظاهر هذا انه أخذ به وروي عنه لا يقبل انه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل فظاهر هذا انه أثبت "وصية بشهادة النساء على الا نفراد اذا لم يحضره الرجال قال القاضي المذهب في هذا كله لا يثبت الا بشاهدين وحديث قبيصة في حل المسئلة لافي الاعسار (فصل) ولا يثبت شيء مما ذكرنا بشاهد وعين المدعي لانه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين فلان لا يثبت بشاهد واحد وعين أولى قل أحد ومالك في الشاهد والعين انما يكون ذلك في الاموال خاصة لا يتبع في حد ولا زكاح ولا طلاق ولا عتاقة ولا سرقة ولا قتل وعن أحمد في العتق انه يثبت بشاهد وعين العبد ذكره الخري فقال اذا ادعى العبد ان سيده اعتقه وأني بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً ونصر عليه أحد وقل في الشريكين في عبيد ادعى كل واحد منهما ان شريكه أعتق حقه منه وكانا مصرين عداين فله عبيد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً فيخرج مثل هذا في "استاد" والولاء والرصية والوديعة والوكالة فيكون في الجميع روايتان ما خلا العقوبات البدنية والنكاح وبقوة فانه لا يثبت بشاهد وعين قولاً واحداً قال القاضي : المعمول عليه في جميع ما ذكرناه انه لا يثبت الا بشاهدين وهو قول الشافعي وقد روى الدارقطني باسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « استشرت جبريل في القضاء بالعين مع الشاهد فأشار علي في الاموال لاتعدو ذلك » وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي ﷺ انه قضى بالشاهد والعين ، قل نعم في الاموال ، وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره ورواه الامام أحمد باسناده وغيره

(الثاني) أن الاقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول وأنه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ولأن الاقرار قول الانسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها ولهذا لا تسمع الشهادة في حق المقر ولا يحكم بها ولو قل شاهد الاصل انا أشهد أن فلان على فلانا ألفاً فأشهد به أنت عليه لم يجز أن يشهد على شهادته لانه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ولا هو شاهد بالحق لانه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد سببه

(فصل) فأما كيفية الاداء اذا كان قد استرعاه الشهادة فانه يقول أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفت بهينه واسمه ونسبه وعدالته اشهدني انه يشهد أن فلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا أو أن فلانا أقر عندي بكذا، وإن لم يعرف عدالته لم يذكرها وإن سمعه يشهد غيره قال أشهد ان فلان بن فلان اشهد على شهادته أن فلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا وإن كان سمعه يشهد عند الحاكم قال أشهد أن فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا، وإن كان نسب الحق إلى سببه قال اشهد أن فلان بن فلان قال اشهد أن فلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا، واذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه على ما ذكرنا في الاداء (فصل) واختلفت الرواية في شرط خامس وهو الذكورية في شهود الفرع فمن أحمدها شرط فلا يقبل في شهود الفرع نساء بخلاف سواها كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء أولى وهذا

(فصل) الرابع المال وما يقصد به المال كالبيع والرهن والقرض والوصية له وجناية الخطأ يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين المدعي وهل يقبل في جنابة العمد الموجبة للمال دون اقتصاص كالمشيمة والمنقلة شهادة رجل وامرأتين؟ على روايتين

وجملة ذلك أن الدال كالقرض والرهن والديون كلها وما يقصد به المال كالبيع والوقف والجاراة والهبة والصالح والساقاة والمناربة والسرقة والوصية له والجنابة الموجبة للمال كالخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة وما دون الموضحة من الشجاج يثبت بشهادة رجل وامرأتين، وقيل أبو بكر لا تثبت الجنابة في البدن بشهادة رجل وامرأتين لأنها جنابة فاشبهت ما يوجب القصاص والاول أصح لان موجبها المال فأشبهت البيع وثارق ما يوجب القصاص، لان القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء كذلك ما يوجبه والمال يثبت بشهادة النساء فكذلك ما يوجبه ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال، وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه العزيز بقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) وأجمع أهل العلم على القول به .

(فصل) وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال للمدعيه بشاهد ويمين، روي ذلك عن أبي بكر وعثمان وعلي رضي الله عنهم، وفيه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وشرح والحسن وإياس

قول مالك والثوري والشافعي لانهم يثبتون بشهادتهم شهادة شهود الاصل دون الحق وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجل فاشبه القصاص والحد .

(والثانية) للنساء مدخل فيما لو كان المشهود به يثبت بشهادتهن في الاصل قال حرب قيل لاحد فتشادة امرأتين على شهادة امرأتين يجوز ؟ قال نعم يعني اذا كان معهما رجل وذكر الازاعي قال سمعت نعيم بن اوس يجيز شهادة المرأة على شهادة المرأة . ووجهه ان المقصود بشهادة الفروع اثبات الحق الذي يشهد به شهود الاصل فقبلت فيه شهادتهن كالبيع ويفارق الحد والقصاص فانه ليس المقصد من الشهادة به اثبات مال بحال فاما شهود الاصل فيدخل النساء فيه فيجوز ان يشهدن لان على شهادة رجل وامرأتين في كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجل في قول أكثر أهل العلم وذكر أبو الخطاب في المنع منه رواية أخرى لان في الشهادة على الشهادة ضعفا لما ذكرنا من قبل فلا مدخل للنساء فيها لانها تزاد بشهادتهن ضعفاً .

ولنا ان شهود الفروع ان كانوا يثبتون شهادة الاصل فهي تثبت بشهادتهم وان كانوا يثبتون نفس الحق فهي تثبت بشهادتهم ولان النساء شهدن بالمال او ما يقصد به المال فيثبت بشهادتهن كما لو ادبها عند الحاكم وما ذكر للرواية الاخرى لا أصل له .

(فصل) ويجوز ان يشهد على كل واحد من شاهدي الاصل شاهد فرع فيشهد شاهدا فرع

وعبد الله بن عتبة وأبو سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يهر وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأبو الزناد والشافعي وقل الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والازاعي لا يقضى بشاهدوين وقال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لان الله تعالى قال (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ ، ولان النبي ﷺ قال « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » فحصر اليمين في جانب المدعي عليه كما حصر البينة في جانب المدعي .

ولنا ما روي سهيل عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد ، رواه سعيد بن منصور في سننه والأئمة من أهل السنن والمسانيد ، قال الترمذي هذا حديث غريب وفي الباب عن علي وابن عباس وجابر وقال النسائي إسناد ابن عباس في اليمين مع الشاهد اسناد جيد ولان اليمين تشرع فيمن ظهر صدقه وقوى جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنته بها وفي حق المنكر لقوة جنته فان الاصل براءة ذمته والمدعي ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ولا حجة لهم في الآية لانها دلت على مشروعية الشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا وقولهم ان الزيادة في النص نسخ غير صحيح لان النسخ الرفع والازالة والزيادة في الشيء تقرير له لا رفع والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه

على شاهدي أصل قل انقاضي لا يختلف كلام أحد في هذا وهو قول شريح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وإسحاق والبطي والعنبري ونعيم بن أوس وقال إسحاق لم يزل أهل الدلم على هذا حتى جاء هؤلاء وقال أحمد وشاهد على شاهد يجوز لم يزل الناس على ذا شريح فمن دونه إلا أن أبا حنيفة أنكره وذهب أبو عبد الله بن بطة إلى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل إلا شاهدان فرع وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لأن شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الأصل فلا تثبت شهادة كل واحد منهما باقل من شاهدين كما لا يثبت اقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد .

ولنا أن هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبت فيثبت كما لو شهدا بنفس الحق ولأن شاهدي الفرع بدل من شهود الأصل فيكفي في عددها ما يكفي في شهادة الأصل ولأن هذا إجماع على ما ذكره أحمد وإسحاق ولأن شاهدي الفرع لا ينقلان عن شاهدي الأصل حقا عليها فوجب أن يقبل فيه قول واحد كإخبار الديانات فانهم إنما يقولون الشهادة وليست حقة عليهم ولهذا لو أنكرها لم يمد الحاكم عليهما ولم يطلبها منهما وهذا الجواب عما ذكره . فإذا ثبت هذا فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع أجاز أن يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الأصل وبهذا قل

ولأن الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخاً فكذلك إذا انفصلت عنه ولأن الآية واردة في "تحمل دون الآداء" ولهذا قال (أن تضل أحداً فتذكر أحداً الأخرى) والنزاع في الآداء وحديثهم ضعيف وليس هو للحضر بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها في حق الامناء لظهور جانبهم وفي حق الاعن وفي القسامة وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلمة قائمة وقول محمد في نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله ﷺ والخلفاء الذين قضوا به وقد قال الله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً) والنقض بما قضى به رسول الله ﷺ محمد بن عبد الله أولى من قضاء محمد بن الحسن الخالف له . (فصل) قل القاضي يجوز أن يحلف على ما لا يجوز الشهادة عليه مثل أن يحلف بخطه ديناً له على إنسان وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقاً ولم يذكره أو يحلف رزماً أي بخطه ديناً له على إنسان ويعرف من أبيه الامانة وأنه لا يستب إلا حقاً فله أن يحلف عليه ولا يجوز أن يشهد به ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن إليه جاز أن يحلف عليه ولم يجوز أن يشهد به ، وبهذا قل الشافعي والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين .

(أحدهما) أن الشهادة لغيرة فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه لأن الحق إنما هو للحالف فلا يزور أحد عليه .

مالك وأصحاب الرأي قال الشافعي ورأيت كثيراً من الحكماء وانفتين يجيزه وخرجه على قولين (أحدهما) جوازه والآخر لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع واختاره المزني لأن من يثبت به أحد طرفي الشهادة لا يثبت به الطرف الآخر كما لو شهد أصل مع شاهد ثم شهد مع آخر على شهادة شاهد الأصل الآخر .

ولنا أنها شهدا على قولين فوجب أن يقبل كما لو شهدا بقرارين بمقتين أو باقرار اثنين وإنما لم يجز أن يشهد شاهد الأصل فرعاً لأنه يؤدي إلى أن يكون بدل أصلاً في شهادة بحق وذلك لا يجوز ولا هم يثبتون بشهادتهم شهادة الأصل وليست شهادة أحدهم ظرفاً لشهادة الآخر فعلى قول الشافعي أن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين وجب أن يكون شهود الفرع ستة وأن كان حق يثبت بأربع نسوة فوجب أن يكون شهود الفرع ثمانية وأن كان الشهود به : فأخرج فيه خمسة أقوال (أحدها) لا مدخل لشهادة الفرع في اثباته .

(والثاني) يجوز ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر فيشهد على شهادة كل واحد من شهود الأصل أربعة (الثالث) يكفي ثمانية (الرابع) يكونون أربعة يشهدون على كل واحد (الخامس) يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الأصل وهذا أثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد (فصل) وإن شهد بالحق شاهداً أصل وشاهداً فرع يشهدان على شهادة أصل آخر جاز، وإن شهد شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا من قبل ، وإن شهد شاهد أصل ثم

(إثباتي) أن ما يكتبه الإنسان من حقوقه يكره فينسى بمضه بخلاف الشهادة والأولى التورع عن ذلك إن شاء الله تعالى .

(فصل) وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعي مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً رجلاً أو امرأة ، نص عليه أحمد لأن من شرعت في حقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الأوصاف كالنكر إذا لم تكن بيعة .

(فصل) قال أحمد مضت السنة أن يقضي باليمين مع الشاهد الواحد فإن أبي أن يحلف استحلف المطلوب ، وهذا قول مالك والشافعي وروى عن أحمد : فإن أبي المغلوب أن يحلف ثبت الحق عليه .

(فصل) ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعي وبه قال الشافعي ، وقال مالك يقبل ذلك في الأموال لأنها في الأموال أقيمتا مقام الرجل فيحلف معهما كما يحلف مع الرجل ويحتمل لنا مثل ذلك .

ولنا أن البيعة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربعة نسوة وما ذكره يطال بهذه الصورة فإنهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لسكنى أربع نسوة مقام رجلين ولقبل في غير الأموال شهادة رجل وامرأتين ، لأن شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل واليمين ضعيفة فيضم ضعيف إلى ضعيف فلا يقبل .

شهد هو وآخر فرعا على شاهد اصل آخر لم تعد شهادته الفرعية شيئاً وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد

(مسئلة) قال (ويشهد على من سمعه يقر بحق وان لم يقبل للشاهد اشهد طي)

اختلفت الرواية عن احمد في هذه المسئلة فالمذهب ما ذكره الخري وبه قال الشعبي والشافعي وعن احمد رواية ثانية لا يشهد حتى يقول له المقر اشهد علي كما انه لا يجوز ان يشهد على شهادة رجل حتى يستريحه اياها ويقول له اشهد على شهادتي ، وعنه رواية ثالثة اذا سمعه يقر بقرض لا يشهد واذا سمعه يقر بدين يشهد لان المقر بالدين معترف انه عليه والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز ان يكون اقترض منه ثم واه ، وعنه رواية رابعة اذا سمع شيئاً فدعي إلى الشهادة فهو بالخيار ان شاء شهد وان شاء لم يشهد قال ولكن يجب عليه اذا شهد ان يشهد اذا دعي (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا) قال اذا اشهدوا وقل ابن ابي موسى : اذا سمع رجلا يقر لرجل بحق ولم يقبل اشهد علي بذلك وسمع الشاهد فلان يشهد عليه فيقول اشهد اني حضرت اقرار فلان بكذا ولا يقول اشهد على اقراره وان سمعه يقول اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجوز ان يشهد به ، والصحيح

(فصل) ولا يشترط أن يقول في يمينه وان شاهدي صادق في شهادته وقيل يشترط وهل تقبل شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين في دعوى قتل الكافر لاستحقاق سلبه ودعوى الاسير إسلاماً سابقاً لمنع رقه؟ على روايتين من المحرر

(الخامس) ما لا يطلع عليه الرجال كعيوب النساء تحت الثياب والرضاع والاستهلال والبكارة والثبوبة والحيز ونحوه فيقبل فيها شهادة امرأة واحدة وعنه لا يقبل فيها أقل من امرأتين وان شهد به لرجل كان أولى بشبوته ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة ، قال القاضي والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء : الولادة والاستهلال والرضاع والميوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبكارة والثبابة والبرص وانقضاء العدة وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع لانه يجوز ان يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح . ولنا ما روي عقبه بن الحارث قال تزوجت ام يحيى بنت أبي اهاب فأتت أمة سوداء فقالت قد أرضعتك فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فأعرض عني ثم أتته فقلت يا رسول الله انها كاذبة فقال « وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » ولانها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل قبل فيها شهادة النساء كالولادة ويخالف عقد النكاح فانه ليس بعورة وحكي عن أبي حنيفة أيضاً أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في الاستهلال لانها تكون بعد الولادة وخالفه صاحباه وأكثر أهل العلم لانها تكون حال الولادة

(المغني والشرح الكبير) (١٣) (الجزء الثاني عشر)

الاول لان الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز ان يشهد به كما يجوز ان يشهد بما رآه من الافعال ، وذكر القاضي أن في الافعال روايتين

(أحدهما) لا يشهد به حتى يقول المشهود عليه اشهد وهذا ان اراد به العموم في جميع الافعال فلا يصح لان ذلك يؤدي الى منع الشهادة عليها بالكلية فان الناصب لا يقول لاحد اشهد على أنني اغصب ولا السارق ولا الزاني ولا القاتل واشباه هؤلاء وقد شهد ابو بكر وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عز هل اشهدكم او لا؟ ولم يقل هذا احد من الصحابة ولا من غيرهم ولا قاله الذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ولا قتله عمر للذين شهدوا على الوليد بن عقبة وان اراد به الافعال التي تكون بالتراضي كالقرض والمقبض فيه وفي الرهن والبيع والاقتراق ونحو ذلك جاز

(فصل) ولو حضر شاهدان حساباً بين اثنين شرطاً عليهما ان لا يحفظا عليهما شيئاً كان للشاهدين ان يشهدا بما سمعاه منكما ولم يسقط ذلك شرطهما لان للشاهد ان يشهد بما سمعه أو علمه وذلك قد حصل له سواء اشهده او سمعه وكذلك يشهدان على العقود بحضورها وعلى الجنائيات بمشاهدتها ولا يحتاجان الى اشهاد وبهذا قل ابن سيرين ومالك والثوري والشافعي

(فصل) والحقوق على ضربين

(أحدهما) حق لا دمي معين كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود والمقوبات كالتقاصص

فيتمدر حضور الرجال فأشبهت الولادة نفسها وقدرروي عن علي أنه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور من حديث جابر الجعفي وأجازه شرح والحسن والحارث المكي وحامد فاذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فإنه يقبل فيه شهادة المرأة الواحدة ، وقال طاوس تجوز شهادة المرأة في الرضاع وإن كانت سوداء ، وعن احمد رواية أخرى لا يقبل فيه إلا امرأتان وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة واليه ذهب مالك والثوري لان كل جنس يثبت به الحق يكفي فيه اثنان كالرجال ولان الرجال أكل منهم ولا يقبل منهم إلا اثنان وقال عثمان يكفي ثلاث لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل وقل ابو حنيفة تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة ، وقال عطاء والشعبي وقتادة لا يقبل فيها إلا أربع لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم تقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ، ولان النبي ﷺ قال « شهادة امرأتين بشهادة رجل »

ولنا حديث عقبة بن الحارث الذي ذكرناه وروى حذيفة ان النبي ﷺ قال « يجزي في الرضاع شهادة امرأة واحدة » ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية واخبار الديانات ، وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية غير مسلم ، وقول النبي ﷺ « شهادة امرأتين بشهادة رجل » في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل فإن شهد الرجل بذلك قبل وحده وهو قول

وحد المتدفع والوقف على آدمي معين فلا تسمع الشهادة فيه الا بعد الدعوى لان الشهادة فيه حق لآدمي فلا تستوفى الا بعد مطالبته واذنه ولانها حجة على الدعوى ودليل لما فلا يجوز تقديمها عليها (الضرب الثاني) ما كان حقا لآدمي غير معين كالوقف على الفقراء والمساكين أو جميع المسلمين أو على مسجد أو سقاية أو مبرة مسيلة أو الوصية لشيء من ذلك ونحو هذا أو ما كان حقا لله تعالى كالحدود والخالص لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تنتشر الشهادة به الى تقدم الدعوى لان ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطلب به ولذلك شهد أبو بكر واصحابه على المغيرة يشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر أيضاً من غير تقدم دعوى فأجيزت شهادتهم ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه ، وكذلك ما لا يتعلق به حق أحد الغريمين كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار أو اعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه دعوى ولو شهد شاهدان بعق عبد أو أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقها المشهود بعقته أو لم يصدقها وبهذا قال الشافعي وبه قال أبو حنيفة في الأمانة وقال في العبد لا يثبت ما لم يصدق العبد به ويدعيه لان العتق حقه فأشبه سائر حقوقه ولنا انها شهادة بعق فلا تنتشر إلى تقدم الدعوى كعتق الأمانة ومخالف سائر الحقوق لانه حق لله تعالى ولهذا لا ينتشر الي قبول المعتق ودليل ذلك الأمانة وما ذكره يطل بعق الأمانة فان قيل

أبي الخطاب لانه أكمل من المرأة فاذا اكتفى بها وحدها فلان يكتفى به أولى ولان ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (وإذا شهد بقتل العمد رجل وامرأتان لم يثبت قصاص ولا دية ، وإن شهدوا بالسرقة ثبت للمال دون القطع)

لأن السرقة توجب القطع والمال فاذا قصرت عن أحدهما أثبتت الآخر . والقتل يوجب القصاص والمال بدل منه فاذا لم يثبت الاصل لم يجب بدله ، وإن قلنا موجب أحد شئيين لم يتعين أحدهما إلا بالاختيار فلو أوجبنا الدية وحدها أوجبنا معينا ، وقال ابن أبي موسى لا يجب للمال فيما إذا شهدوا بالسرقة ولا انها شهادة لا توجب الحد وهو أحد موجبها فاذا بطلت في أحدهما بطلت في الآخر ﴿ مسألة ﴾ (وإذا ادعى رجل الخلع قبل فيه رجل وامرأتان أو شاهد ويمين المدعي)

لانه يدعي المال الذي خالعت به وان ادعته المرأة لم يقبل فيه إلا رجلان لأنها لا تقصد منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ولا يثبت ذلك بهذه البيئة فاما ان اختلفا في عوض الخلع خاصة ثبت برجل وامرأتين وكذلك ان اختلفا في الصداق لانه مال

(فصل) وان ادعى رجل انه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ وأقام بذلك شاهداً وامرأتين أو شاهداً وحلف معه ثبت قتل الثاني لأنه خطأ موجب للمال ولم يثبت

الامة يتعلق باعتاقها تحريم الوطء قلنا هذا لا اثر له فن المنع يوجب تحريمها عليه ولا تسم الشهادة به الا بسد الدعوى

(فصل) ومن كانت عنده شهادة لآدمي لم يخل اما أن يكون عالماً بها أو غير عالم فان كان عالماً بها لم يجز للشاهد أدائها حتى يسأله ذلك لقول النبي ﷺ « خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم ينفرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤمنون » رواه البخاري ولان أدائها حق للمشهود له فلا يستوفى الا برضاه كسائر حقوقه وان كان المشهود له غير عالم بها جاز للشاهد أدائها قبل طلبها لأن النبي ﷺ قال « ألا أنبئكم بخير الشهداء ؟ : الذي يأتي بشهادته قبل ان يسأله » رواه مسلم وأبو داود ومالك وقال مالك هو الذي يأتي بشهادته ولا يعلم بها الذي هي له وهذا الحديث وان كان مطلقاً فإنه يضمن حمله على هذه الصور جمعاً بين الحديتين ولأنه اذا لم يكن عالماً بها فتركه طلبها لا يدل على انه لا يريد اقامتها بخلاف العالم بها وهذا مذهب الشافعي .

(فصل) ويعتبر لفظ الشهادة في أدائها فيقول اشهد انه اقر بكذا ونحوه ولو قال أ لم أو أحق وأتقن أو أعرف لم يعتد به لان الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الاتيان بفعلها المشتق منها ولان فيها معنى لا يحصل في غيرها من اللفظات بدليل أنها تستعمل في الجين فيقال اشهد بالله ولهذا تستعمل في اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً

قتل الأول لأنه عمد موجه القصاص فعما كالجنايتين المقترتين وعلى قول أبي بكر لا يثبت منهما شيء . لان الجناية عنده لا يثبت إلا بشاهدين سواء كان موجبا للمال أو غيره ، ولو ادعى رجل على آخر انه سرق منه وغصبه مالا خلف بالطلاق والعتاق ماسرق منه ولا غصبه ، وأقام المدعي شاهداً أو امرأتين شهدا بالسرقة والغصب ، أو شاهداً وحلف معه استحق السروق والمنصوب لأنه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثبت طلاق ولا عتق لأن هذه البينة جحد في المال دون الطلاق والعتاق وظاهر مذهب الشافعي

﴿ مسألة ﴾ (واذا شهد رجل وامرأتان لرجل بجارية أنها أم ولده وولدها منه قضى له بالجارية أم الولد وهل ثبت حرية الولد ونسبه من مدعيه ؟ على روايتين)

أما الجارية فنحكم له بها لان أم الولد مملوكة له ولهذا يملك وطأها واجارتها واعارتها وتزويجها ويثبت لها حكم الاستيلاء باقراره لأن إقراره ينفذ في ملكه ولذلك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين . ولا نحكم له بالولد لأنه يدعي نسبه والنسب لا يثبت بذلك ويدعي حرية أيضاً فعلى هذا نقول الولد في يد المنكر مملوك له وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يأخذها وولدها ويكون ابنه لأن من ثبت له العين ثبت له نماؤها والولد نماؤها وذكر فيها أبو الخطاب عن احمد روايتين كقول الشافعي

﴿مسئلة﴾ قال (وتجوز شهادة المستخفي اذا كان عدلا)

المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه لئلا يسمع اقراره ولا يعلم به مثل من يجحد الحق علانية ويقر به سرا فيختبئ شاهداً في موضع لا يعلم بهما لئلا يسمع اقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة وبهذا قال عمرو بن حريث وقال كذلك يفعل بالخائن والفاجر وروى مثل ذلك عن شريح وهو قول الشافعي وروى عن أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته وهو اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وروى ذلك عن شريح والشافعي لأن الله تعالى قال (ولا تجسسوا) وروى عن النبي ﷺ انه قال « من حدث بمحدث ثم التفت فهي أمانة » يعني أنه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لئلا يفتنه وحذره ، وقال : مالك ان كان المشهود عليه ضعيفاً يندفع لم يقبل عليه وان لم يكن كذلك قبلت ولنا أنهما شهدا بما سمعاهما بيقيناً فقبلت شهادتهما كما لو علم بها

﴿كتاب الاقضية﴾

﴿مسئلة﴾ قال ابو القاسم رحمه الله (وإذا هلك رجل وخلف ولدين ومائتي درهم فاقرا أحدهما بمائة درهم ديناً على أبيه لاجنبي دفع الى المقر له نصف ما في يده من إرثه عن أبيه الا ان يكون المقر عدلاً فيشاء الغريم ان يحلف مع شهادة الابن ويأخذ إثباته وتسكون المائة الباقية بين الابنين)

ولنا انه لم يدع الولد ملكاً وإنما يدعي حريته ونسبه ، وهذان لا يثبتان بهذه البيعة فيقتيان على ما كانا عليه

(فصل) فإن ادعى انها كانت ملكه فأعتقها لم يثبت ذلك بشاهد وامرأتين لان البيعة شهدت بملك قديم فلم يثبت والحرية لا تثبت إلا برجل وامرأتين ويحتمل أن تثبت كالتى قبلها

﴿باب الشهادة على الشهادة والرجوع عن الشهادة﴾

(تقبل الشهادة على الشهادة فيما يقبل فيه كتاب القاضي وترد فيما يرد فيه)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) جوازها (وإثباتها) في موضعها (والثالث) في شرطها . أما الاول فإن الشهادة على الشهادة جائزة باجماع العلماء وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي . قال ابو عبيد اجتمعت العلماء من أهل الحجاز والمراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الاموال ، ولان الحاجة داعية اليها فانها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الموقوف وما يتأخر اثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده ، وفي ذلك ضرر على الناس ومنشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الاصل

هذه المسئلة في الاقرار من بعض الورثة وقد ذكرناها في باب الاقرار وانه انما يلزم المقر من الدين بقدر ميراثه منه وميراثه ههنا النصف فيكون عليه نصف الدين وهو نصف المائة ونصفها الباقي يشهد به على أخيه فان كان عدلاً فشاء الغريم حلف مع شهادته واستحق الباقي لانه لا تهمة في حق الابن المقر فانه لا يجر الى نفسه بهذه الشهادة نفعاً ولا يدفع بها ضرراً وان شهد اجنبي مع الوارث المقر كملت الشهادة وحكم للمدعي بما شهد به له اذا كان عدلياً وأدنا الشهادة بلفظ الشهادة ولا يكتفى بلفظ الاقرار في الشهادة لما ذكرنا من قبل وان كان الاقرار من اثنين من الورثة عدلين مثل ان يحلف ثلاثة بنين فقرا ثنائان منهم بالدين ويشهدان به فان شهادتهما تقبل ويثبت باقي الدين في حق النكر وهذا كله قال الحسن والشعبي والشافعي وابن المنذر وقال حماد وأصحاب الرأي المقر به كله في نعيم المقر وهو قول الشعبي وعلى هنا ينبغي ان لا تقبل شهادة المقر بالدين لانه يجر بشهادته نفعاً الى نفسه وهو اسقاط بعض ما اقر به عن نفسه والاقرار بوصية يخرج من الثلث كالاقرار بالدين فيما ذكرناه

(فصل) ولو ثبت لرجل دلي رجل دين بيينة لم يمنع ذلك قبول شهادته عليه بدين أو وصية في قول عامة أهل العلم الا ابن أبي ليلى قال لا تقبل شهادته على غريمه الميت بذلك فيحتمل انه منع من ذلك لثلا يواطىء من يشهد له بدين فيحاص الغرماء بما شهد له به ثم يقاسمه ولنا انه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كغيره وذلك لانه لا يجر بشهادته الى نفسه نفعاً ولا

(الفصل الثاني) انها تقبل في المال وما يقصده المال كما ذكر ابو عبيد ولا تقبل في حد وهذا قول الشعبي والنخعي وابي حنيفة وقال مالك والشافعي في قول ابو ثور تقبل في الحدود وفي كل حق لان ذلك يثبت بشهادة الاصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كالأل

ولنا ان الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار والشهادة على الشهادة فيها شبهة فانها يتطرق اليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الاصل وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهود الاصل وهو معتبر بدليل انها لا تقبل مع القدرة على شهود الاصل فوجب أن لا تقبل فيما يندري بالشبهات ولا انها إنما تقبل للحاجة ولا حاجة اليها في الحد لان ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ولا نه لانص فيها ولا يصح قياسها على شهادة الاصل لما ذكرنا فيبطل اثباتها ، وظاهر كلام احمد انها لا تقبل في القصاص أيضاً ولا حد القذف لانه قال اما يجوز في الحقوق . اما الدماء والحد فلا وهذا قول ابي حنيفة وقال مالك والشافعي يقبل وهو ظاهر كلام الحري لقوله في كل شيء إلا في الحدود ولا نه حق آدمي لا يسقط بالرجوع عن الاقرار به ولا يستحب ستره فأشبهه الاموال وذكر أصحابنا هذا رواية في الطلاق وليس هذا برواية فان الطلاق لا يشبه القصاص والمذهب انها لا تقبل فيه لانه عقوبة فيه تدراً بالشبهات وتبني على الاسقاط فأشبهت الحدود فلما ماعد الحدود والقصاص والاموال كان كالحج والطلاق وسائر ما لا يثبت إلا

(المغني والشرح الكبير) حكم ما لو مات الرجل مفلساً وادعى ورثته ديناً له على رجل ١٠٣

يدفع بها ضراً بل يضر نفسه بها لكون الشهود له يزاحمه في الاستيفاء وينقص ما يأخذه فهو أقرب إلى الصدق وأحرى أن تقبل شهادته وما ذكرناه له من الاحتمال يوجد في الاجنبي فلم يمنع قبول شهادته

(مسئلة) قال (ولو هلك رجل عن ابنين وله حق بشاهد وعليه من الدين ما يستغرق ميراثه فابى الوارثان أن يحلفا مع الشاهد لم يكن للغيرم أن يحلف مع شاهد الميت ويستحق فإن حلف الوارثان مع الشاهد حكم بالدين فدفع الى الغيرم)

وجلت له ان الرجل إذا مات مفلساً وادعى ورثته ديناً له على رجل فانكر فاقاموا شاهدا عدلاً وحلفوا معه حكم بالدين للميت ثم تقضى منه ديونه ثم تنفذ وصاياه من اثالث إلا ان يجيز الورثة فان أبي الورثة ان يحلفوا لم يكن للغيرم أن يحلف مع شاهد الميت وبهذا قل اسحاق وأبو ثور والشافعي في الجديد وقال في القديم للغيرم أن يحلف ويستحق وهذا قول مالك لان حقه متعلق به بدليل أنه لو ثبت ازال قدم حقه على الورثة وكانت له الميراث كالوارث

ولنا ان الدين للورثة دون الغيرم فلم يكن له ان يحلف عنه كما لو لم يستغرق الدين ميراثه والدليل على أنه للوارث أنه يكتفى بيمينه ولو كان لغيره لما اكتفى به ولان حق الغيرم في ذمة الميت والدين للميت ولهذا يشهد الشاهدان الدين للميت والذي يحلف معه بما يحلف على هذا ولا يجوز للغيرم أن يحلف لي

بشاهدين فنص أحمد على قبولها في الطلاق والحقوق فدل على قبولها في جميع هذه الحقوق وهذا قول الخري، وقال ابن حامد لا تقبل في النكاح ونحوه قول أبي بكر فعلى قولها لا تقبل الا في المال وما يقصد به المال وهو قول أبي عبيد لانه حق لا يثبت الا بشاهدين فاشبه حد القذف. ووجه الاول أنه حق لا يدرك بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كاللأل وبهذا فرق الحدود

(الفصل الثالث) في شروطها وهي ثلاثة (أحدها) أن تعذر شهادة الاصل بموت أو مرض أو غيبة الى مسافة القصر وعنه لا تقبل إلا أن يموت شاهد الاصل

هذا أحد الشروط وهو تعذر شهادة الاصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وحكي عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الاصل قياساً على ابرواية وأخبار الديانات وروي عن الشعبي أنها لا تقبل إلا ان يموت شاهد الاصل لانها اذا كانا حين رجعي حضورهما فكانا كالحاضرين وعن أحمد مثل ذلك الا ان اتماضي تأوله على الموت وما في معناه من الغيبة البعيدة ونحوها ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا فيزول هذا الخلاف ولنا على اشتراط تعذر شاهد الاصل انه إذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الاصل يستغني عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع وكان احوط للشهادة فان سماعه منهما معلوم وصدق شاهدي الفرع عليهما مظنون والعمل باليمين مع امكانه أولى من اتباع الظن ولان شهادة الاصل

في ذمة المدعى عليه ديناً بالاتفاق فلم يجوز ان يحلف على دين غيره الذي لا فعل له فيه لان النبي ﷺ إنما جعل اليمين للعالم ولا يلزم على هذا الوكيل لانه يحلف على فعل نفسه ولان الغريم لو حلف مع الشاهد ثم أبرأ الميت من الدين رجع الدين إلى الورثة ولو كان قد ثبت له بيمينه لم يرجع اليهم وهكذا وصى الميت لانسان ثم لم يحلف الورثة لم يكن للموصى له ان يحلف لما ذكرناه

(فصل) فان حلف أحد الابنين مع الشاهد لم يثبت من الدين الا قدر حصته وهكذا اذا ادعى الورثة وصية لايهم أو ديناً وأقاموا شاهداً لم يثبت جميعه الا بإيمان جميعهم، وان حلف بعضهم ثبت من الدين والوصية بقدر حقه ولا يشاركه فيه باقي الورثة لانه لا يثبت لهم حق بدون أيمانهم ولا يجوز ان يستحقوا يمين غيرهم ويقضي من دين أبيه بقدر ما ثبت له فان كان في الورثة صغير أو معتوه وقف حقه حتى يبلغ الصغير ويمتل المعتوه لانه لا يمكن ان يحلف على حاله ولا يحلف وليه لكون اليمين لا تدخلها النيابة وان كان فيهم آخرس مفهوم الاشارة حلف وأعطي حصته وان لم تفهم اشارته وقف حقه أيضاً فان مات أو مات الصبي والمعتوه قام ورثتهم مقامهم في اليمين والاستحقاق فان طالب اولياءهما في حياتهما بحبس المدعى عليه حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ريعقل الاخرس الاشارة وأقامة كفيل لم يجابوا الى ذلك لان الحبس عذاب لا يستحق على من لم يثبت عليه حق

(فصل) وتركه الميت يثبت الملك فيها لورثته وسواء كان عليه دين أو لم يكن نص عليه أحد

ثبتت نفس الحق وهذا إنما تثبت الشهادة عليه ولان في شهادة الفرع ضعفاً لانه يتطرق اليها احتمالان احتمال غلط شاهدي الفرع فيكون ذلك. وهنا فيها ولذلك لم ينتهض لاثبات الحدود والقصاص فينبغي أن لا تثبت الا عند عدم شهادة الاصل كسائر الابدال ولا يوضح قياسها على أخبار الديانات لانه خفف فيها وكذلك لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ والحاجة داعية اليها في حق عموم الناس بخلاف مستأثنا.

ولنا على قبولها عند تمذرها بنير الموت أنه قد تمذرت شهادة الاصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهد الاصل ويخالف الحاضرين فان سماع شهادتهما ممكن فلم يجوز غير ذلك. اذا ثبت هذا فذكر القاضي ان الفية للشروط لسماع شهاد الفرع أن يكون شاهد الاصل بموضع لا يمكن أن يشهد ثم يرجع من يومه وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعي لان الشاهد تشق عليه المعالجة بمثل هذا السفر. وقد قال تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وإذا لم يكلف الحضور تمذرت سماع شهادته فاحتجج إلى سماع شهادة الفرع وقال أبو الخطاب تعتبر مسافة القصر. وهو قول أبي حنيفة وأبي العايب الطبري مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله لأن ما دون ذلك في حكم الحاضر في الترخص وغيره بخلاف مسافة القصر ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم وسنذكره ان شاء الله تعالى

فيمن افلس ثم مات قال قد انتقل البيع الى الورثة وحصل ملكا لهم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان الدين يستغرق التركة منع نقلها الى الورثة فان كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شيء منها وقال أبو سعيد الاصطخري يمنع بقدره وقد أوماً أحمد إلى مثل هذا فانه قل في أربعة بنين ترك أبوهم داراً وعليه دين فقال أحد البنين أنا أعطي ودعوا لي الربع فقال أحمد هذه الدار للفرماء لا يرثون شيئاً حتى يؤدوا الدين وهذا يدل على أنها لم تنتقل اليهم عنده لانه يمنع الوارث من امساك الربع بدفع قيمته لان الدين لم يثبت في ذم الورثة فيجب أن يتعلق بالتركة والمذهب الاول ولهذا قلنا إن الغريم لا يحلف على دين الميت وذلك لان الدين محل الزمة وأما يتعلق بالتركة فيتخير الورثة بين قضاء الدين منها أو من غيرها كالأهمل والجاني ولهذا لا يلزم الفرماء نفقة المييد ولا يكون نمساء التركة لهم ولانه لا يخلو من أن تنتقل إلى الورثة أو إلى الفرماء أو تبقى للميت أو لا تكون لأحد لا يجوز أن تنتقل إلى الفرماء لانها لو انتقلت اليهم لزمهم نفقة الحيوان وكان نماؤها لهم غير محسوب من دينهم ولا يجوز أن تبقى للميت لانه لم يبق أهلاً للملك ولا يجوز أن لا تكون لأحد لانها مال مملوك فلا بد من مالك ولانها لو بقيت بغير مالك لا يبيح لمن يتماها كسائر المباحات ثبت أنها انتقلت إلى الورثة فعلي هذا اذا تمت التركة مثل أن غلت الدار وأمرت النخيل وتحت الماشية فهو للوارث ينفرد به لا يتماق به حق الفرماء لانه تمام ملكه فاشبهه كسب الجاني ويحتمل أن يتعلق به حق الفرماء

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز لشاهد الفرع ان يشهد حتى يسترعيه شاهد الاصل فيقول اشهد على شهادتي اني اشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه أقر عندي أو أشهدني على نفسه طوعاً بكذا أو شهدت عليه أو أقر عندي بكذا، وان سمعه يقول اشهد على فلان بكذا لم يجوز أن يشهد إلا أن يسمعه يشهد عند الحاكم أو يشهد بحق يميزه الى سبب من بيع أو اجارة أو قرض فهل يشهد؟ به على وجهين)

يشترط لجواز شهادة الفرع أن يسترعيه على ما ذكرنا فان سمع شاهداً يسترعي آخر شهادة يشهد عليها جاز لهذا السامع ان يشهد بها للحصول الاسترعاء ويحتمل أن لا يجوز له ان يشهد إلا ان يسترعيه بعينه وهو قول أبي حنيفة قال أحمد لا تكون شهادة الا ان يكون يشهدك فاما ان سمعه يتحدث فاما ذلك حديث وبما ذكرناه قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد فاما ان سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يميزه الى سبب فهو ان يقول اشهد ان فلان على فلان القاء من ثمن بيع فهل يشهد به؟ فيه روايتان ذكرها أبو الخطاب، وذكر القاضي أن له الشهادة وهو مذهب الشافعي لانه بالشهادة عند الحاكم ونسبة الحق الى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الاشكال فتجوز له الشهادة على شهادته كما

كجهاء الرهن ومن اختار الاول قال تعلق الحق بالرهن أكد لانه ثبت باختيار الثالث ورضاه ولهذا منع التصرف فيه وهذا يثبت بغير رضى المالك ولم يمنع التصرف فكان أشبه بالجاني وعلى الرواية الاخرى يكون تمام التركة حكمه حكم التركة وما يحتاج اليه من المؤنة منها ، وإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو هبة أو قسمة فلي الرواية الاولى تصرفهم صحيح فإن قضوا الدين وإلا تقضت تصرفاتهم كما لو تصرف السيد في المبدأ الجاني ولم يتراض دين الجاية ، وعلى الرواية الاخرى تصرفاتهم فاسدة لانهم تصرفوا فيما لم يملكوه

(فصل) اذا خلف ثلاثة بنين وأبوين فادعى البنون ان أباهم وقف داره عليهم في صحته وأقاموا بذلك شاهداً واحداً حلفوا معه وصارت وفقاً عليهم وسقط حق الابوين وإن لم ينفوا معه ولم يكن على الميت دين ولا له وصية حلف الابوان وكان نصيبها طلقاً لها ونصيب البنين وفقاً عليهم باقرارهم لانه ينفذ باقرارهم ، وإن كان على الميت دين أو وصى بشيء قضى دينه ونفذت وصيته وما بقي بين الورثة فما حصل للبنين كان وفقاً عليهم باقرارهم ، وإن حلف واحد منهم كان ثلث الدار وفقاً عليه والباقي يقضى منه الدين وما فضل يكون ميراثاً فاحصل للابنين منه كان وفقاً عليها ولا يرث الحالف شيئاً لانه يمتنع انه لا يستحق منها شيئاً سوى ما وقف عليه ، وإن حلفوا كلهم ثبت الوقف عليهم لم يخل من أن يكون الوقف مرتباً على بطن ثم على بطن بعد بطن أبداً أو مشتركاً فان كان مرتباً فإذا انقرض الاولاد الثلاثة انتقل الوقف إلى البطن الثاني بغير يمين لانه قد ثبت كونه وفقاً بالشاهدين

لو استرعا والرواية الاخرى لا يجوز له ان يشهد على شهادته وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد لأن الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه الا باذنه ومن نصر الاول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه لانه لا يشهد مثل شهادته إنما يشهد على شهادته ، فاما ان قال اشهد اني اشهد على فلان بكذا فلا شبهة أنه يجوز ان يشهد على شهادته وهو قول أبي يوسف لان معنى ذلك اشهد على شهادتي اني اشهد لانه اذا قال اشهد فقد امره بالشهادة ولم يسترعه وماعدا هذه المواضع لا يجوز ان يشهد فيها على الشهادة فإذا سمعه يقول اشهد ان فلان على فلان ألف درهم لم يجوز ان يشهد على شهادته لانه لم يسترعه الشهادة فيحتمل ان يكون وعده بها وقد يوصف الوعد بالوجوب مجازاً فان النبي ﷺ قال « العدة دين » ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجوز لسامعه الشهادة به ، فان قيل فلو سمع رجلاً يقول فلان على فلان ألف درهم جاز ان يشهد بذلك فكذلك هذا قلنا الفرق بينهما من وجهين :

(أحدهما) ان الشهادة تحتمل العلم ولا يحتمل الاقرار ذلك (الثاني) أن الاقرار أوسع في لزومه من الشهادة يدل على صحته في المجهول وأنه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ولان الاقرار قول الانسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها ولهذا لا تسمع الشهادة في حق المقر ولا يحكم بها ولو قال شاهد الاصل انا اشهد ان فلان على فلان ألفاً فاشهد به انت عليه لم يجوز ان يشهد على

(المغني والشرح الكبير) حكم ما لو خاف أبوين وثلاثة بنين ودار أقادعي البنون وقفها عليهم ١٥٧

وعين الاولاد فلم يحتج من انتقل اليه إلى بيعة كما لو ثبت بشاهدين وكمال التوروث وكذلك اذا انقرض الاولاد ورجع إلى لاءا كين لم يحتاجوا في ثبوته لم إلى عين لما ذكرناه
وإن انقرض أحد الاولاد انتقل نصيبه منه إلى اخوته أو إلى من شرط الواقف انتقاله إليه بنين
عين لما ذكرناه فان امتنع البطن الاول من العين فقد ذكرنا أن نصيبهم يكون وفقاً عليهم بأقرارهم فاذا انقضوا كان ذلك وفقاً على حسب ما أقروا به فن كان أقرارهم انه وقف عليهم ثم على أولادهم فقال أولادهم نحن نمخف مع شاهدنا لتكون جميع الدار وفقاً لنا فلم ذلك لانهم يتقلون الوقف من الواقف فلم اثباته كالبن الاول، فأما إن خاف أحد البنين ونكل اخواه ثم مات الخالف نظرت فان مات بعد موت اخوته صرف نصيبه إلى أولاده وجهاً واحداً وإن مات في حياة اخوته ففيه ثلاثة أوجه
(أحدها) ينصرف إلى اخوته لانه لا يثبت للبطن اثني شيء مع بقاء أحد من البطن الاول
(والثاني) ينتقل إلى أولاده لان أخويه أشد طاحقها بنكولها فصاروا كالمردمين
(والثالث) ينصرف إلى أقرب عصبة الواقف لانه لم يمكن صرفه إلى الاخوين ولا إلى البطن الثاني
الثاني لما ذكرناه فيصرف إلى أقرب عصبة الواقف إلى أن يموت الاخوان ثم يعود إلى البطن الثاني
والاول أصبح لان الاخوين لم يسقطا حقوقهما وإنما امتنعا من إقامة الحجة عليه ولذلك لو أعترف لهما الابوان ثبت الوقف من غير عين وهما قد حصل الاعتراف من البطن الثاني فوجب أن ينصرف اليهما لحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقها له

شهادته لانه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ولا هو شاهد بالحق لانه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد بنبيه .

(فصل) فأما كيفية الاء اذا كان قد استرعاه الشهادة فانه يقول أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدائته أشهدني أنه يشهد أن فلان بن فلان كذا أو ان فلاناً أقرعندي بكذا وان لم يعرف عدائته لم يذكرها وان سمعه يشهد غيره قل اشهد ان فلان بن فلان اشهد على شهادته ان فلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا ، وان كان سمعه يشهد عند الحاكم قل اشهد ان فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا ، وان كان نسب الحق إلى سببه قل اشهد ان فلان بن فلان قال اشهد ان فلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا
واذا اراد الحاكم ان يكتب ذلك كتبه على ما ذكرناه

(فصل) ويشترط ان يبيننا شاهدي الاصل على ما ذكرناه ويسميها . وقال ابن جرير إذا ولا ذكرين حرين عدلين جازوان لم يسمي لان الفرض معرفة الصفات دون الدين وليس بصحيح لجواز ان يكونا عدلين عندهما ومجروران عند غيرهما ولان الشهود عليهم بما امكنه جرح اليهود فاذا لم يعرف أعيانها تمذر عليه ذلك .

فان قيل فإذا كان البطن الثاني صفاراً فما حصل الاعتراف منهم قلنا قد حصل الاعتراف من الخالف الذي ثبتت الحجة يمينه وبالبينة التي ثبت بها الوقف وبها يستحق البطن الثاني فاكتمت بذلك في انتقاله إلى الاخوين كما يكتمن به في انتقاله إلى البطن الثاني بعد اقراض الاخوين ، ويدل على صحة هذا اننا اكتفينا بالبينة في أصل الوقف وفي كفيته وصفته وترتيبه فيما عدا هذا المختلف فيه فيجب أن يكتمن به فيه . فأما ان كان شرط الواقف ان مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إليه انتقل إلى أولاده وجهاً واحداً لانه لا منازع لم فيه ، وان مات من غير ولد انتقل إلى اخيه على الوجه الصحيح ويخرج فيه الوجهان الآخران

(الحال الثاني) إذا كان الوقف مشتركاً وهو ان يدعوا ان أباهم وقف داره على ولده وولد ولده ما تناسلوا فقد شرك بين البطنين في هذه الحال إذا خلف أولاده اثلاثة مع شاهدهم ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجوداً ثبت الوقف على الثلاثة، وان كان من أولادهم أحد موجوداً فهو شريكهم فان كان كبيراً خلف واستحق وان لم يخلف كان نصيبه ميراثاً تقضى منه الديون وتنفذ الوصايا وباقيه للورثة لانه يأخذ الوقف ابتداء من الواقف بغير واسطة فهو كأحد البنين ، وان كان صغيراً أو حدث لأحد البنين ولد يشاركهم في الوقف أو كان أحد البنين صغيراً وقف نصيبه من الوقف عليه ولا يسلم إلى ولته حتى يبلغ فيحلف أو يمتنع لانه يتلقى الوقف من غير واسطة فان قيل فلم لم يستحق بغير يمين لكون البنين المستحقين مترفين له بذلك فيكتمن باعترافهم كما لو

﴿مسئلة﴾ وثبت شهادة شاهدي الاصل بشهادة شاهدين يشهدان عليها سواء شهدوا على كل واحد منهما أو شهد على كل واحد منهما شاهد من شهود الفرع وقال ابو عبد الله بن بطة لا يثبت حتى يشهد اربعة على كل شاهد أصل شاهداً فرعاً .

وجملة ذلك انه يجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الاصل شاهد فرع فيشهد شاهداً فرعاً على شاهدي اصل ، قال القاضي لا يخلف كلام احمد في هذا . وهو قول شريح والشمسي والحسن وابن شبرمة وابن ابي ليلى واثوري واسحاق والبيهي والسنبري وقال اسحاق لم يزل اهل العلم على هذا حتى جاء هؤلاء . قال احمد وشاهد على شاهد يجوز لم يزل الناس على ذا شريح فمن دونه إلا أن أباحنيفة أنكره ، وذهب ابو عبد الله بن بطة إلى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل الا شاهداً فرع وهذا قول ابي حنيفة ومالك والشافعي لان شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الاصل فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين كما لا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد ولنا ان هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبت به فيثبت كما لو شهدا بنفس الحق ولأن شاهدي الفرع يدل من شاهدي الاصل فيكتمن في عددها ما يكفي في شهادة الاصل ولان هذا الجماع

كان في أيديهم دار فاعترفوا لصغير منها بشرك فانه يعلم لي وليه؟ قلنا الفرق بينهما ان الدار التي في أيديهم لم يكن لها منازع ولا يوجب على أحد منهم فيها يمين وهذه ينازعهم فيها الابوان وأصحاب الديون والصايا وانما يأخذونها بأيانهم فاذا أقروا بمشارك لم فقد اعترفوا بأنه كواحد منهم لا يستحق إلا يمينه كما لا يستحق واحد منهم إلا باليمين، ويفارق ما إذا كان الوقف مرتباً على بطن بمد بطن فانه لا يشاركهم أحد من البطن الثاني، فاذا بلغ الصغير الموقوف نصيبه خلف كان له، وان امتنع نظرت فان كان موجوداً حين الدعوى أو قبل خلفهم كان نصيبه ميراثاً كما لو كان بالغاً فامتنع من اليمين، فان حدث بعد أيانهم وثبت الوقف ناء كان له نصيبه أيضاً لان الوقف ثبت في جميع الدار ما يمان البنين فلا يبطل بامتناع من حدث الا انه ان اقر انها ليست وفقاً وكذب البنين في ذلك كان نصيبه من النلة ميراثاً حكمه حكم ناء الميراث. وإن لم يكذبهم فنصيبه وقف له

وقال القاضي ان امتنع من اليمين رد نصيبه الى الاولاد الثلاثة ولم يفرق بين من كان موجوداً حال الدعوى والحادث بعدها لانه لا يجوز أن يستحق شيئاً بغير يمينه ولا يجوز أن يبطل الوقف للثابت بأيانهم فتعين رد نصيبه اليهم

ولنا انه إن كان موجوداً حال الدعوى وحلفهم فهو شريكهم حين يثبت الوقف فلم يجوز ان يثبت الوقف في نصيبه بغير يمينه كالبالغ، وان كان حادثاً بعد ثبوت الوقف بأيانهم فهم مقرون له بنصيبه وهو يسدقهم في إقرارهم فلم يجوز لهم أخذ نصيبه كما لو أقروا له بحال ولا تهم يقرون بأنهم لا يستحقون

على ما ذكره احمد وإسحاق ولان شاهدي الفرع لا يتقلان عن شاهدي الاصل حقاً عليهما فوجب أن يقبل فيه قول واحد كاخبار الديانات فانها لا يتقلان الشهادة وايستحق حقاً عليهما ولهذا لو أنكرهما لم يعد الحاكم عليهما ولم يبطأ منهما وهذا الجواب عما ذكره. إذا ثبت هذا فن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع أجاز أن يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الاصل وبه قال مالك وأصحاب الرأي قال الشافعي رأيت كثيراً من الحكم والمفتين يجيزه وخرجه على قولين (أحدهما) جوازه (والآخر) لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهداً فرع، واختاره المزني لان من يثبت به أحد طرفي الشهادة لا يثبت به الطرف الآخر كما لو شهد أصلاً ثم يشهد مع آخر على شهادة شاهد الاصل الآخر

ولنا انهما شهدا على قولين فوجب أن يقبل كما لو شهدا بقرارتين او باقرارين بمقتن وانما لم يجوز أن يشهد شاهد الاصل فرماً لانه يؤدي الى أن يكون بدلاً أصلاً بشهادة بحق وذلك لا يجوز ولأنهم يثبتون بشهادتهم الاصل وليست شهادة أحدهما ظرفاً لشهادة الآخر فعلى قول الشافعي إن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين وجب أن يكون شهود الفرع ستة وإن كان ثبت بأربع نسوة وجب أن يكون شهود الفرع ثمانية وإن كن الشهود به زناً خرج فيه خمسة أقوال (أحدها) لا مدخل لشهادة

أكثر من ثلاثة أرباع الوقت فلا يجوز لم يأخذ أكثر من ذلك ، وإن مات الصغير قبل بلوغه قام وإثره مقامه فيما ذكرنا وإن مات أحد البنين البالغين قبل بلوغ الصغير وقف أيضاً نصيبه مما كان لعمه الميت وكان الحكم فيه كالحكم في نصيبه الأصلي

وقال إمامنا أن بلغ فامتنع من اليمين فربع موقوف إلى حين موت الثالث ويقسم بين البالغين وورثة الميت لأنه كان بين الثلاثة ونصيبه من الميت للبالغين الحيين خاصة لأنها مستحقا الوقت

(مسألة) قال (ومن ادعى دعوى وذكر أن يئته بالعلمته خفف الدعي عليه ثم أحضر

الدعي يئته حكم بها ولم تكن اليمين مزية للحق)

وجاءه أن الدعي إذا ذكر أن يئته بعيدة عنه أو لا يمكنه إحضارها أو لا يريد قاعها فطالب اليمين من الدعي عليه أسلف له فإذا حلف ثم أحضر الدعي بيعة حكم له وهذا نال شريح والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأبو حنيفة وأبو يوسف وأصحابنا وحكي عن ابن أبي ليلى وداود أن يئته لا تسمع لأن اليمين حجة الدعي عليه فلا تسمع بعدها حجة الدعي كما لا تسمع يمين الدعي عليه بعد بيعة الدعي .

ولنا قول عمر رضي الله عنه "بيعة الصادقة أحب إلي من اليمين المناجرة وظاهر هذا الآية الصديق ويلزم من

الفرع في إثباته (وإثباتي) يجوز ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر فيشهد على كل واحد من شهود الأصل أربعة (الثالث) يكفي ثمانية (والرابع) يكون أربعة يشهدون على كل واحد (والخامس) يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الأصل وهذا أثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد

(فصل) فإن شهد بالحق شاهد أصل وشاهد فرع يشهدان على شهادة أصل آخر جاز وإن شهد شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه ما ذكرنا من الخلاف من قبل

(فصل) وإن شهد شاهد أصل ثم شهد هو وآخر فرعاً على شاهد أصل آخر لم تنده شهادته الفرعية شيئاً

وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد

(مسألة) (ولا مدخل للنساء في شهادة الفرع)

عن أحمد أن الذكورية شرط فلا يقبل في شهود الفرع نساء بمال سواء كن الحق بما يقبل فيه شهادة النساء أولاً وهذا قول الشافعي ومالك والثوري لأنهم يثبتون بشهادتهم شهود الأصل دون الحق وليس ذلك بمال ولا التصود منه المال ويطلع عليه الرجل فأشبهه القصاص والحد (وثانية) لمن مدخل فيما كان الشهود به يثبت بشهادتهم في الأصل قال حرب قبل لأحمد شهادة امرأتين على شهادة امرأتين يجوز؟ قال نعم يعني إذا كان معهما رجل ، وذكر الأوزاعي قل : سمعت نعيم بن أوس يميز شهادة المرأة على شهادة للراءة . ووجهه أن القصد بشهادتهم إثبات الحق الذي شهد به شهود الأصل فيدخل

صدقه بخور اليمين المتقدمة فكون أولى ولأن كل حالة يجب عليه الحق فيها باقراره يجب عليه باليمين كما قبل اليمين وما ذكره لا يصح لأن اليمين الاصل واليمين بدل عنها ولهذا لا تشرع الا عند تعذرهما والبديل يبطل بالقدرة على البديل كبطلان التيمم بالقدرة على الماء ولا يبطل الاصل بالقدرة على البديل ويسل على الفرق بينهما أنها جاهل اجتماعها وإمكان سماعها تسمع البيعة ويحكم بها ولا تسمع اليمين ولا يسأر عنها

(فصل) فان طلب للمدعي حبس المدعى عليه أو إقامة كفيل به إلى أن يحضر بينته البعيدة لم يقبل منه ولم يكن له ملازمة خصمه نص عليه أحمد لأنه لم يثبت له قبله حق بحبس به ولا يقم به كتيلا ولأن الحبس عذاب فلا يلزم معصوما لم توجه عليه حق ولأنه لو جاز ذلك لتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق، وإن كانت بينته قريبة فله ملازمته حتى يحضرها لأن ذلك من ضرورة اقامتها فانه لو لم يتمكن من ملازمته لذهب من مجلس الحاكم ولا تمكن اقامتها إلا بحضوره، ولأنه لما تمكن من احضاره مجلس الحاكم اقيم البيعة عليه تمكن من ملازمته فيه حتى يحضر البيعة وتنفارق البيعة البعيدة أو من لا يمكن حضورها فان إزماء الإقامة إلى حين حضورها يحتاج إلى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل إليه

(فصل) ولو أقام المدعي شاهداً واحداً ولم يحلف معه وطلب يمين المدعى عليه أحلف له ثم إن أحضر شاهداً آخر بعد ذلك كملت بينته وقضي بها لما ذكرنا في التي قبله، وإن قال المدعي لي بينة حاضرة وأريد احلاف المدعى عليه ثم أقيم البيعة عليه ففيه وجهان

النساء فيه فيجوز أن يشهد رجلان على رجل وامرأتين، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أن النساء ليس لمن مدخل في الشهادة على الشهادة لأن فيها ضعفاً لما ذكرنا من قبل فلا مدخل لمن فيها لأنها تزاد بشهادتين ضعفاً فاعتبرت تقويتها باعتبار الذكورية فيها فعلى هذه الرواية لا يمكن أصولاً ولا فروعاً ولنا أن شهود الفرع ان كانوا يشهدون شهادة الاصول فهي تثبت بشهادتهم وان كانوا يشهدون نفس الحق فهو يثبت بشهادتهم ولأن النساء يشهدن بالمال أو ما يقصده المال فيثبت بشهادتهن كما لو أدبته عند الحاكم وما ذكر للرواية الاخرى لا أصل له

﴿ مسألة ﴾ (قال القاضي لا تجوز شهادة رجلين على شهادة رجل وامرأتين) نص عليه أحمد

وقال أبو الخطاب هذه الرواية سهو من ناقلها

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز للحاكم أن يحكم بشهادة شاهدي الفرع حتى تثبت عنده عدالتهم)

وعدالة شاهدي الأصل)

وذلك لأن الحكم ينبنى على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما ولا أعلم في هذا خلافاً فان عدل شهود الأصل شهود الفرع فشهدا بعد التماس على شهادتهما جاز بشير خلاف تعلمه وان لم يشهدا بعد التماس جاز، ويتولى الحاكم ذلك فإذا علم عدالتهم حكم وان لم يعرفهما وهذا مذهب الشافعي

(أحدهما) له ذلك ويستحلف خصمه لانه يملك استحلافه اذا كانت يمينته بعيدة فكذلك اذا كانت قريبة ، ولأنه لو قل لا أريد إقامة يميني القريبة ملك استحلافه فكذلك اذا أراد إقامتها (الثاني) لا يملك استحلافه لان في البيعة غنية عن اليمين فلم تشرع معها ولان البيعة أصل واليمين بدل فلا يجمع بين البدل والأصل كالتييم مع الماء وثارق البعيدة فنها في الحال كالمعدومة للمعجز عنها وكذلك التي لا يريد إقامتها لانه قد تكون عليه مشقة في احضارها أو عليها في الحضور مشقة فيسقط ذلك للمشقة بخلاف التي يريد إقامتها

(مسألة) قال (واليمين التي يبرأ بها المطلوب هي اليمين بالله وان كان الحالف كافراً)

وجعلته أن اليمين المشروعة في الحقوق التي يبرأ بها المطلوب هي اليمين بالله في قول عامة أهل العلم إلا أن مالكاً أحب أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ، وإن استحلف حاكم بالله اجزأ ، قال ابن النضر هذا أحب إلي لأن ابن عباس روى أن رسول الله ﷺ استحلف رجلاً فقال له « قل والله الذي لا إله إلا هو ماله عندك شيء » رواه أبو داود وفي حديث عمر حين حلف لابي قال والله الذي لا إله إلا هو إن النخل لنخلي وما لا بي فيها شيء . وقال الشافعي إن كان المدعى قصاصاً أو عتاقاً أو حداً أو مالا يبلغ نصاباً غلظت اليمين فيحلف

وقال الثوري وأبو يوسف إن لم يعمل شاهدان الفرع شاهدي الأصل لم يسمع الحاكم شهادتهما لأن ترك تمديده يرتاب به الحاكم ولا يصح ذلك لانه يجوز أن لا يعرف ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ويجوز أن يعرف قاعدة التهمة ويقر كلهما اكتفاء بما ثبت عند الحاكم من عدالتهما

(مسألة) (وان شهدوا عنده فلم يحكم حتى حضر شهود الأصل وقف الحكم على سماع شهادتهم) لأنه قدر على الأصل قبل العمل بالبدل فأشبهه التييم إذا قدر على الماء فلا تصح صلاته حتى يتوضأ (مسألة) (وان حدث منهم ما يمنع قبول شهادتهم لم يجوز الحكم)

لا بد من اشتراط اسم العدالة في الجميع إلى استمرار الحكم لما ذكرنا في شاهد الأصل قبل هذا فعلى هذا ان رجعوا قبل الحكم لم يحكم بها لان الحكم ينبغي عاينها فأشبهه ما لو فسق شهود الفرع أو رجعوا (مسألة) (فان حكم بشهادتهما ثم رجع شهود الفرع لم يضمن الضمان) لان الائتلاف كان بشهادتهم فلزمهم الضمان كما لو أتلفوا بأيديهم

(مسألة) (فان رجع شهود الأصل لم يضمنوا)

لان الائتلاف كان بشهادة غيرهم فلا يلزمهم ضمان كالتسبب مع المباشر ولأنهم لم يباحثوا الحاكم إلى الحكم ويحتمل أن يضمنوا لان الحكم يضاف اليهم بدليل انه تعتبر عدالتهم فلزمهم الضمان كما لو حكم بشهادتهم ثم رجعوا ولأنهم سبب في الحكم فيضمنون كالزكينة

بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وقال في القسامة عالم خائنة الاعين وما تخفي الصدور وهذا اختيار أبي الخطاب . وذكر القاضي ان هذا في أيمان القسامة خاصة وليس بشرط

ولنا قول الله تعالى (فحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشتري به ثمناً) وقال تعالى (فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقال تعالى في العاز (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) وقال تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) قال بعض أهل التفسير من أقسم بالله فقد أقسم جهد اليمين

واستحلف النبي ﷺ كانه بن عبد بندي الدلاق فقال « آ الله ما أردت إلا واحدة » وفي حديث الحضرمي والكندي أن النبي ﷺ قال « ألك بيعة ؟ » قال لا ولكن أحافه والله ما يعلم ثنها أرضي غصبتها . رواه ابو داود

وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بتمه وما به داء تعلمه ولان في الله كفاية فوجب أن يكتفى باسمه في اليمين كالوضع الذي سلموه فأما حديث ابن عباس وعرفانه يدل على جواز الاستحلاف كذلك وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده وما ذكره الباقر فتدرك لانه فيه ولا قياس يقتضيه اذا ثبت هذا فإن اليمين في حق المسلم والكافر جميعاً بالله تعالى لا يحلف أحد بنسبه لقول الله تعالى (فيقسمان بالله) ولقول النبي ﷺ « من كان حائماً فليحلف بالله أو ليصمت »

(فصل) فان مات شهيد الاصل او الفرع لم يمنع الحكم وكذلك لو مات شهود الاصل قبل أداء الفروع الشهادة لم يمنع من أدائها والحكم بها لان موتهم من شرط نماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعاً وكذلك ان جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ومتى رجع شهود المال بعد الحكم لزمهم الضمان ولم ينقض الحكم سواء كان المال قائماً او تالفاً)

وسواء كان قبل القبض أو بعده أما الرجوع به على المحكوم له فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً انه لا يرجع به عليه ولا ينقض الحكم في قول أهل الفتية من علماء الإمام والرواية عن سعيد بن المسيب والاوزاعي انها قالوا ينقض الحكم وان استوفى الحق ثبت بشهادتهما فاذا رجما زال ما ثبت به الحكم كالوتين انها كانتا كافرين ولنا ان حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لأنفسهما يحقق هذا ان حق الانسان لا يزول إلا بيمينه او اقرار ورجوعهما ليس بشهادة ولهذا لا ينتقل إلى لفظ الشهادة ولا هو اقرار من صاحب الحق وفارق ما إذا تبين انها كانتا كافرين لاننا تبيننا انه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول وفي مسئلتنا لم يبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما وانما كذباني رجوعهما ويفارق المقوبات حيث لا تستوفي لانها تدعى بالشبهات . وأما الرجوع على الشاهدين

(فصل) وتشترع اليمين في حق كل مدعى عليه سواء كان مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً امرأة أو رجلاً أقول النبي ﷺ « اليمين على المدعى عليه »
وروى شقيق عن الأشعث بن قيس قال : قل كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فجددني فقدمته إلى النبي ﷺ فقال لي رسول الله ﷺ « هل لك بينة ؟ » قلت لا ، قال لليهودي « احلف » قلت إذا بحلف فيذهب بي فأنزل الله عز وجل (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً) إلى آخر الآية رواه البخاري وأبو داود وابن ماجه . وفي حديث الحضرمي قلت انه رجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه قال ليس لك منه إلا ذلك

(مسألة) قال (إلا أنه إن كان يبرئ فإل له قل والله الذي أنزل التوراة على موسى وإن كان نصرانياً قل له قل والله الذي أنزل الانجيل على يدي وإن كان لهم مواضع يظنونها ويتوقون أن يحلفوا فيها كائين حالوا فيها)

ظاهر كلام الخري رحمه الله أن اليمين لا تفاظ إلا في حق أهل الذمة ولا تفاظ في حق المسلمين ونحو هذا قول أبو بكر ووجه تغليظها في حقهم ما روى أبو هريرة قال رسول الله ﷺ : « لا يبرأ من يمينه »
به فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأي وقول الشافعي تقدم وقال في الجديد لا يرجع عليهما بشيء إلا أن يشهدا بعق عبد فيضمن قيمته لأنه لم يوجد منهما اتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلم يضمن كما لو ردت شهادتهما

وإنما إنما أقرأ إنما أخرج ماله من يده بغير حق وحالاً بينه وبينه فلزمهما الضمان كما لو شهدا بعقته ولأنهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فأشبه مالهو شهدا بحريته ولأنهما تسببا إلى اتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدي القصاص يحقق هذا أنه إذا لزمهما القصاص الذي يدرأ بالشتمات فوجوب المال أولى وقواه أنهما ما أتلفا المال يبطل بما إذا شهدا بعقته فإن الرق في الحقيقة لا يزول بشهادة الزور وإنما حالاً بين سيده وبينه وفي موضع اتلاف المال فها تسببا إلى تلفه فلزمهما ضمان مائتات بسببهما كشاهدي القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين

(مسألة) (وإن رجع شهود العتق غرموا القيمة)

كلحكم في الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف لأنهما من جهة المال .

وإن شهدا بالحرية ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدهما بغير خلاف بينهم فيه ، فإن المخالف في التي قبها هو الشافعي وقد وافق هنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه وبغير ما اتفقت عليه لأن العبيد من المتقومات .

اليهود « نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى؟ » رواه أبو داود وكذلك قال الحرقى تغاظ بالمكان فيحلف في المواضع التي يعظمها ويتوقى الكذب فيها ولم يذكر التغليظ بالزمان ، وقال أبو الخطاب إن رأى المتغايظ في اليمين في اللفظ بالزمان والسكن فله ذلك قال وقد أوما إليه أحد في رواية الميهوني وذكر التغايظ في حق المجوسي قال فيقال له قل والله الذي خلقي ورزقني وإن كان وثناً حلفه بالله وحده وكذلك إن كان لا يعبد الله لانه لا يجوز أن يحلف بغير الله لقول النبي ﷺ « من كان كافراً فليحلف بالله أو ليصمت » ولان هذا إن لم يكن يعتد هذه يمينا فإنه يزاد بها اثماً وتقوية وربما عجأت عقوبته فيتعظ بذلك ويعتبر به غيره وهذا كله ليس بشرط في اليمين وإنما للحاكم فله إذا رأى

ومن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مسروق وأبو عبيدة بن عبد الله وعطاء وشرح والحسن وإبراهيم بن كعب بن سور ومالك والثوري وأبو عبيد

ومن قال لا يشرع التغايظ بالزمان والسكن في حق مسلم أبو حنيفة وصاحباه وقل مالك والشافعي تغلظ ثم اختلفا فقال مالك يحلف في المدينة على منبر رسول الله ﷺ ويحلف قائماً ولا يحلف قائماً إلا على منبر رسول الله ﷺ ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ولا يحلف عند المنبر إلا على ما يقطع فيه من مصادره وهو ثلاثة دراهم وقال الشافعي يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة وفي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر وعند الصخرة في بيت

مسألة (وإن رجع شهود الطلاق قبل الدخول غرموا نصف المسمى وإن كان بعده لم يغرماً شيئاً) إذا شهدا بطلاق امرأة تبين به لحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى

وهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه يجب مهر المثل لانهما تلفا عليه البصع فلهما عوضه وهو مهر المثل وفي القول الآخر يلزمهما نصف مهر المثل لانه إنما يملك نصف البصع بدليل انه إنما يجب عليه نصف المهر

ولنا أن خروج البصع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرج من ملكه بردها أو ألامها أو قلها نفسها فلهما لا تضمن شيئاً ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من ينسخ به نكاحها لم يغرماً شيئاً وإنما يجب نصف المسمى لانها ألزمت للزوج بشهادتها وقرزاه عليه كما يرجع به على فسخ نكاحه برضاع أو غيره وقوله انه ملك نصف البصع غير صحيح فان البصع لا يجوز لمالك نصفه ولان العقد ورد على جميعه والصداق واجب جميعه ولهذا تملك المرأة إذا قبضته وبأنه لها وملك طلبه إذا لم تقبضه وإنما يسقط نصفه بالطلاق وأما ان يكون الحكم بالفرقة بعد الدخول فليس عليها ضمان وبه قال أبو حنيفة وعن أحد رواية أخرى عليها ضمان المسمى في الصداق لانهما فوتتا عليه

المقدس وتلفظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر ولا تلفظ في المال الا في نصاب فصاعدا وتلفظ في الطلاق والنتاق والحد والقصاص وهذا اختيار ابي الخطاب وقال ابن جرير تلفظ في القليل والكثير واحتجوا بقول الله تعالى (تجسسونها من بعد الصلاة فيقسمان بالله) قيل أراد بعد العصر وروى عن النبي ﷺ أنه قال «من حلف على منبري هذا يمين آئمة فليتبوأ مقعده من النار» ثبت أنه يتماق بذلك تأكيد اليمين وروى مالك قال اخضم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما الى مروان بن الحكم فقال زيد أحلف له مكاني فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قال فجعل زيد يحلف ان حقه لحق وبأبي ان يحلف عند النبر فجعل مروان يعجب

ولنا قول الله تعالى (فاخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهما الاوليان فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما) ولم يذكر مكانا ولا زمنا ولا زيادة في اللفظ. واستحلف النبي ﷺ ركاة في الطلاق فقال «آلله ما أردت الا واحدة» قال آ الله ما أردت الا واحدة ولم يلفظ يمينه بزمن ولا مكان ولا زيادة لفظ وسائر ما ذكرنا في التي قبلها وحلف عمر لابي حين تمها كما الى زيد في مكانه وكانا في بيت زيد وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بمتاوما به داء تعله؟ وفي ما ذكره تقييد لمطلق هذه النصوص ومخالفة الاجماع ذن ما ذكرنا عن الخليفة عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو في عمل الشهرة فكان اجما وقوله تعالى (تجسسونها من بعد الصلاة) وانما كان في حق أهل الكتاب في الوصية في السفر وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع منها قبول : مادة أهل

نكاحا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ماوجب به كما قبل الدخول ، وقال الشافعي يلزمها له مهر المثل لانهما أتلفا البضع وقد سبق الكلام . مه في هذا ولا يصح اقياس على ما قبل الدخول لانهما قررا عليه نصف المسمى وكان بهرض السقوط وهما قد تقرر المهر كله بالدخول فلم يقرر عليه شيئا ولم يخرج من ملكه متموما فأشبه مالو أخرجاه من ملكه بقتلها او أخرجه هي بردتها .

مسئلة (وان رجح شهود القصاص أو الحد قبل الاستيفاء لم يستوف وان كان بهده وقولوا أخطأنا فعليه دية ماتلف ويقسط اهرم على عددهم ذن رجح أحدهم غرم بقسطه) .

وجملة ذلك أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها لم يخل من ثلاثه أحوال (أحدها) أن يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها في قول مائة أهل العلم وحكي عن ابي ثور أنه شذعن أهل العلم فقال يحكم بها ، لان الشهادة قد أدبت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم وهذا فاسد ، لان الشهادة شرط الحكم فإذا زالت قبله لم يجوز كما لو فسقا ولان رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يجوز به الحكم كما لو شهد بقتل رجل ثم طعت حياته ولانه زال ظنه في أن ما شهد به حق فلم يجوز به الحكم كما لو تغير اجتهاده وفارق ما بهد الحكم ذنه ثم بشرطه ولان الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهاده (الحال الثاني) أن يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فان كان المحكوم به عقوبة كالحد والقصاص لم يجوز استيفاؤه ، لان

[الفتي والشرح الكبير الشهادة بالوصية في السفر والمواضع التي خالفت فيها القياس ١١٧]

الكتاب على المسلمين ومنها استخلاف الشاهدين ومنها استخلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما
الائم وهم لا يعلمون بها أصلاً فكيف يحتجون بها، ولما ذكر إيمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيد بها
والاحتجاج بهذا أولى من الصير إلى ما خولف فيه إقياص وترك العمل به وأما حديثهم فليس فيه
دليل على مشروعية اليمين عند النبر إنما فيه تغليظ اليمين على الحالف عنده ولا يلزم من هذا
الاستخلاف عنده . وأما قصة مروان فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم إلى قول مروان في قضية
خالفه زيد فيها وقول زيد فقيه الصحابة وقاضيتهم وأقرضهم الحق أن يحتج به من قول مروان فإن
قول مروان لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز الاحتجاج به على مخالفة إجماع الصحابة؟
وقول أئمتهم وقهاتهم ومخالفته فعل النبي ﷺ وإطلاق كتاب الله تعالى وهذا ما لا يجوز وإنما
ذكر الخرق في التغليظ بالمسكان واللفظ في حق الذي لاستخلاف النبي ﷺ اليهود بقوله « نشدتكم
بالله الذي أنزل التوراة على موسى » ولقول الله تعالى في حق الكتابيين (محبسونهما من بعد الصلاة)
ولأنه روي عن كعب ابن سور في نصراني قال اذهبوا به إلى المذبح واجلوا الأنجيل في حجره
والتوراة على رأسه وقال الشعبي في نصراني اذهب به إلى البيعة فاستحلفه بما يستحلف به مثله
وقال ابن النذر لا أعلم حجة توجب أن يستحلف في مكان بعينه ولا يمين غير الذي يستحلف بها
المسلمون وعلى كل حال فلا خلاف بين أهل العلم في أن التغليظ بالزمان والمكان والألفاظ غير واجب

الحدود تدراً بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات ولأن المحكوم به عقوبة لم يبق ظن استحقاقها
ولا سبيل إلى خبرها فلم يميز استيفاءها كما لو رجع قبل الحكم وإن كان المحكوم به مالا استوفي
ولم ينقض الحكم وقد ذكرناه وفارق المال اقتصاص والحد فانه يمكن جبره بالزام الشاهد عوضه والحد
واقصاص لا يجبر بإيجاب مثله على الشاهدين لأن ذلك ليس يجبر ولا يحصل لمن وجب له منه عوض
وإنما شرع للزجر والتنشفي والانتقام لا للجبر، فإن قيل فلم قلتم إنه إذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهد
استوفي في أحد الوجهين قلنا الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق لانهما يقران أن شهادتهما
زور وأنهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما وهذا الذي طرأ فسقه لا يتحقق
كون شهادته كذبا ولا أنه كان فاسقاً حين أدى الشهادة ولا حين الحكم بها ولهذا لو فسق بعد
الاستيفاء لم يلزمه شيء . والراجح أن تلزمهما غرامة ما شهدا به فاقترعا ، (الحال الثالث) أن يرجع
بعد الاستيفاء فانه لا يبطل الحكم ولا يلزم للشهود له شيء سواء كان الشهود به مالا أو عقوبة لأن
الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ويرجع به على الشاهدين فإن كان الشهود
اتلأفا في مثله اقتصاص كالقتل والجرح وقالوا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقول أو يقطع فعليه ما اقتصاص
وبه قال ابن أبي ليلى والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد وقال أصحاب الرأي لا قود عليهما لانهما لم
يباشرا الاتلاف فأشبهها حافر البئر إذا تلأف به شيء .

الا ان ابن الصباغ ذكر ان في وجوب التخليط بالمسكن قوانين للشافعي وخالفه ابن العاص فقال لا خلاف بين أهل العلم في ان القاضي حيث استحلف المدعى عليه في عمله وبلد قضائه جاز وانما التخليط بالمسكن فيه اختيار فيكون التخليط عند من رآه اختيارا واستحسانا

(فصل) قال ابن المنذر ولم نجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف وقال الشافعي رأيتهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنماء يفاظ اليمين بالمصحف قل أصحابه فيمظ عليه بحضور المصحف لانه يشتمل على كلام الله تعالى واسمائنا وهذا زيادة على ما أمر به رسول الله ﷺ في اليمين وفعله الخلفاء الراشدون وقضاتهم من غير دليل ولا حجة يستند اليها ولا يترك فعل رسول الله ﷺ وأصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره

(مسئلة) قال (ويحلف الرجل فيما عليه على البت ويحلف الوارث على دين الميت على العلم)

معنى البت القطع اي يحلف بالله ماله على شيء . وجملة الامر ان الايمان كلها على البت والقطع الاعلى نفي فعل الغير فانها على نفي العلم وهذا قول أبو حنيفة ومالك والشافعي وقال الشعبي والنخعي كلها على العلم وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد وذكر أحمد حديث الشيباني عن انقاسم ابن عبد الرحمن عن النبي ﷺ لا تضاعروا الناس في ايمانهم ان يحلفوا على ما لا يعلمون ولانه لا يكلف مالا علم له وقال ابن أبي ليلى كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه

ولنا أن علياً رضي الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة قطعه ثم عادا فقالا أخطأنا ليس هذا السارق فقال علي لو أعلم أنكما تمتدتما لقطعتهما ولا تخالف لهما في الصحابة ولا نهما نسباً إلى قتله وقطعه بما يفضي اليه غالباً فلزمهما القصاص كالمكره وفارق الحضر فانه لا يبغي إلى اقتل غالباً وقد ذكرنا هذه المسئلة في الجنايات فان قلا عمدنا الشهادة عليه ولم نعلم أنه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز أن يجهل ذلك وجبت الدية في أموالهما مغالطة لانه شبه عد ولم نعلمه العاقلة لانه ثبت باعترافهما وان قل أحدهما عمدت قتله وقال الآخر أخطأت فعلى المأد نصف الدية مغالطة وعلى الآخر نصفها مخففة ولا قصاص في الصحيح من المذهب وان قال كل واحد منهما إنما اعترف بعمد شارك فيه مخطئاً وهو لا يوجب القصاص والانسان إنما يؤخذ باقراره لا باقرار غيره فعلى هذا تجب عليهما دية مغلطة وإن قال أحدهما عمدنا جميعاً وقال الآخر عمدت وأخطأ صاحبي فعلى الاول انقصاص وفي الثاني وجهان كالتي قبلها، وإن قالا أخطأنا فماليهما الدية مخففة في أموالهما لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وان قال أحدهما عمدنا معاً وقال الآخر أخطأنا معاً فعلى الاول انقصاص وعلى الثاني نصف الدية مخففة لان كل واحد منهما يؤخذ باقراره، وان قال كل واحد منهما عمدت ولا أدري ما فعل صاحبي فماليهما القصاص لاقرار كل واحد منهما بالعمد ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص، لأن اقرار كل واحد منهما لو انفراد

ولنا حديث ابن عباس أن النبي ﷺ استحلف رجلاً فقال له « قل والله الذي لا إله إلا هو بالله عليك حق » وروى الأشعث بن قيس أن رجلاً من كندة ورجلاً من حضرموت اختصما إلى النبي ﷺ في أرض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله إن أرضي اغتصبنيها أبو هذا وهي في يده قال « هل لك بينة ؟ » قال لا ولكن أحلفه والله العظيم ما يعلم أنها أرضي اغتصبنيها أبوه فتمياً الكندي لليمين رواه أبو داود ولم ينكر ذلك النبي ﷺ وما ذكره لا يصح لأنه يمكنه الاحاطة بنفسه نفسه ولا يمكنه ذلك في فعل غيره ففترقا في اليمين كما افرقت الشهادة فإنها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من المقود وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الاملاك والانساب وعلى نفي العلم فيما لا يمكن الاحاطة بانتفائه كالشهادة على أنه لا وارث له غير فلان وفلان ، وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفي فعل الغير

إذا ثبت هذا فإنه يحلف فيما عليه على البت نفيًا كان أو اثباتًا ، وأما ما يتعلق بفعل غيره فإن كان اثباتًا مثل أن يدعي أنه اقترض أو باع ويقيم شاهداً بذلك فإنه يحلف مع شاهده على البت واقطع وإن كان على نفي العلم مثل أن يدعي عليه دين أو غصب أو جنابة أو فائه يحلف على نفي العلم لا غير وإن حلف عليه على البت كنفاء وكان التقدير فيه العلم كما في الشاهد إذا شهد بمسدد الورثة وقال ليس له وارث غيرهم سمع ذلك وكان التقدير فيه علمه ، ولو ادعى عليه أن عبده جنى أو استدان فأنكر ذلك فيمينه على نفي العلم لأن اليمين على نفي فعل الغير فأثبتت يمين الوارث على نفي الموروث

لم يجب عليه قصاص وإنما يؤخذ الإنسان بأقراره لا بأقرار صاحبه وإن قل أحدهما عمدت ولا أدري ما قصد صاحبي مثل صاحبه فإن قال مثل قوله فربي كالتي قبلها ، وإن قل عدنا معاً فعليه اقتصاص وفي الأول وجهان وإن قال نخعأت أو أخطأنا فلا قصاص على كل واحد منهما وإن جمل حل الآخر بجنون أو موت أو لم يقدر عليه فلا قصاص على القتر وعليه نصيبه من الدية المغلظة .

(فصل) وإن رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في أن الحاكم لا يحكم بشهادتهما إذا كان رجوعه قبل الحكم ولا تستوفى العقوبة إذا رجع قبل استيفائها لأن الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لزم حكم أقراره وحده فإن أقر بما يوجب اقتصاص وجب عليه وإن أقر بما يوجب دية مغالطة وجب عليه تسعة منها وإن أقر بالخطأ وجب عليه فسطه من الدية المحمقة وإن كان أشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية والقصاص ونحوه فيما يثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم أو الاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء لأن ما بقي من البينة كف في اثبات الحكم واستيفائه وإن رجع بعد الاستيفاء فعليه اقتصاص إن أقر بما يوجب أو تسعة من الدية أو من الموقوف بشهادتهم إن كان غير ذلك وفي ذلك اختلاف ذكرناه بعضه

(فصل) قال ابن أبي موسى اختلاف قول احمد في من باع سلعة وظهر المشتري على عيب بها وانكره البائع هل اليمين على البتات أو على علمه ؟ على روايتين ولو ابق عند المشتري فادعى على البائع انه ابق عنده فأذكر هل يلزمه ان يحلف انه لم يابق قط أو على نفي علمه ؟ على روايتين الا ان يكون ولده فيحلف انه لم يابق قط ، ووجه كون اليمين على علمه انها على نفي فعل الغير فاشبه ما لو ادعى عليه ان عبده جنى ، ووجه الاخرى انه اذا ادعى عليه انه باعه مبيعاً يستحق به رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان اثباتاً

(فصل) ومن توجهت عليه يمين هو فيها صادق أو توجهت له اييح له الحلف ولا شيء عليه من اثم ولا غيره لان الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرماً وقد أمر الله تعالى نبيه أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من كتابه وحلف عمر لابي علي نخيل ثم وهبه له وقال خفت ان لم احلف ان يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فتصير سنة وقال حنبل يلى ابو عبد الله بنحو هذا جاء اليه ابن عمه فقال لي قبلك حق من ميراث ابي واطالبك بالقاضي واحلفك فقبل لابي عبد الله ما ترى : قال احلف له اذا لم يكن له قبلي حق وانا غير شاك في ذلك حلفت له وكيف لا احلف وابن عمر قد حلف وانا من انا وعزم ابو عبد الله على اليمين فكناه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة واختلف في الاولى فقال قوم الحلف اولى من افتداء يمينه لان عمر حلف ولان في الحلف فائدتين (احدهما) حفظ ما له عن الضياع وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته (والثانية) تخلص اخيه الظالم

(فصل) وكل موضع وجب ائتمان على الشهود بالرجوع فإنه يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا قل أحد في روايه بن منصور إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد ائلف مالا فإنه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة فان كانوا اثنين فعليه النصف وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر فن رجع أحدهم وحده غرم بقسطه على ما ذكرنا وفيه اختلاف يذكر إنشاء الله تعالى فإذا شهد أربعة بالقتل فقتل المشهود عليه ثم رجع واحد فعليه الربع ان قال أخطأنا وان رجع اثنان فعليهما النصف

﴿مسئلة﴾ (فإذا شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه التقصاص أو سدس الدية وان رجع اثنان فعليهما التقصاص أو ثلث الدية)

وبهذا قال أبو عبيد وقال أبو حنيفة ان رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما لان دية الزنا قائمة قدمه غير محقون وان رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وان رجع أربعة فعليهم نصف الدية وان رجع خمسة فعليهم ثلاثة ارباعها وان رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كذهب أبي حنيفة واختلاف أصحابه فيما إذا شهد بالتقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال أبو اسحاق لا قصاص عليه لان دية التقصاص قائمة وهل يجب عليه ثلث الدية ؟

من ظلمه واكل المال بغير حقه وهذا من نصيحتي ونصرتي بكفه عن ظلمه وقد أشار النبي ﷺ على رجل ان يحلف ويأخذ حقه وقال أصحابنا الافضل افتداء يمينه فان عثمان افتدى يمينه وقال خفت ان تصادف قدرا فيقال حلف فعوقب ، او هذا شؤم يمينه

وروى الخلال باسناده ان حذيفة عرف جملا سرق له فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين فصارت اليمين على حذيفة فقال لك عشرة دراهم فأبى فقال لك عشرون فأبى فقال لك ثلاثون فأبى فقال لك اربعون فأبى فقال حذيفة اترأني اترك جلي ؟ فحلف بالله أنه لم يبايع ولا وهب ولان في اليمين عند الحاكم تبذلا ولا يامن ان يصادف قدرا فينسب إلى الكذب وأنه عوقب بحلفه كاذباً وفي ذهاب ماله له اجر وليس هذا قضيباً للمال فان أخاه السلم ينتفع به في الدنيا ويفرغه له في الآخرة وأما عمر فانه خاف الاستئثار به وترك الناس الحلف على حقوقهم فيدل على انه لولا ذلك لما حلف وهذا أولى والله تعالى أعلم

(فصل) فأما الحلف بالكاذب ليقترح به لئلا يفيده اثم كبير وقد قيل انه من الكبائر لان الله تعالى وعده عليه العذاب الأليم فقل سبحانه (ان الذين يشتركون بهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يذكهم ولم عذاب أليم) قال الاشعث بن قيس نزلت هذه الآية كن لي بئر في أرض ابن عمي فأتيت رسول الله ﷺ فقال « بينك نوى يمينه » قلت إذا يحلف عليها فقال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان » أخرجه البخاري

على وجهين قل ابن الحداد عليه امصاص وفرق بينه وبين الرابع من شهود الزنا إذا كان زائدا بان دم الشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دم محقون وانما أبيع دمه لولي القصاص وحده واختافوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين (أحدهما) بضمن الثلث (والثاني) لاشيء عليه ولنا ان الائلاف حصل بشهادتهم فالراجع يقر بالشاركة فيه عمداً عدواناً كن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ولانه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبهه الثاني من شهود امصاص والرابع من شهود الزنا ولانه أحد من حصل الائلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع بموقولهم ان دمه غير محقون غير صحيح فإن الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم بوصف محقق ولا عدمه وقيام الشهادة لا يمنع وجوب القصاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصاص فاستودعه ثم أقرانه قتله ظلماً وان الشهود شهود زور والتفريق بين القصاص

(المغني والشرح الكبير) (١٦) (الجزء الثاني عشر)

وروى ابن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين صبر يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر اتي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه . وقال النبي ﷺ في حديث الكندي « لئن حلف على ماله لياكله ظمأ ليلتين الله وهو عنه معرض » وهو حديث حسن صحيح . وقد روي في حديث ان يمين الفموس تندر الديار بلاقع ويستحب للحاكم أن يخوف المدعى عليه من اليمين الفاجرة ويقرأ عليه الآية والاخبار

(فصل) ومن ادعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له أن يحلف انه لاحق له علي وبهذا قال المزني . وقال ابو ثور له ذلك لان الله تعالى قال (وان كان ذو عسرة فظرة إلى ميسرة) ولانه لا يستحق مطالبتة به في الحال ولا يجب عليه أداؤه اليه . ولنا ان الدين في ذمته وهو حق له عليه ولو لم يكن عليه حق لم يجب إنظاره به

(فصل) ويمين الخائف على حسب جوابه فاذا ادعى عليه انه غصبه أو استودعه وديعة أو اقترض منه نظرنا في جواب المدعى عليه فان قال ما غصبتك ولا استودعتني ولا اقترضتني كلف أن يحلف على ذلك فان قال مالك علي حق أو لا تستحق علي شيئاً ، أو لا تستحق علي ما ادعيت ولا شيئاً منه كان جواباً صحيحاً ولا يكلف الجواب عن الغصب والوديعة والقرض لانه يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه فلو كان جحد ذلك كان كاذباً وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه فاذا طلب منه اليمين حلف على حسب ما أجاب

والرجم يكون دم القاتل غير محقون لا يصح لانه غير محقون بالنسبة الى من قتله ولان كل واحد مؤاخذ باقراره ولا يمتنع قول شريكه ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدهما وقل الآخر خطأ توجب القصاص على المقر بالعمد

(مسألة) (وان شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان ثم رجع الجميع لزمتمهم الدية اسداساً في أحد الوجهين وفي الأخرى على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف فان شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان منهم بالاحصان صححت الشهادة فان رجم ثم رجعوا عن الشهادة فعلى من شهد بالاحصان ثلثا الدية على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يلزمهم ثلاثة أرباعها)

وجملة ذلك انه اذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم رجعوا عن الشهادة فالضمان على جميعهم وقيل أبو حنيفة لا ضمان على شهود الاحصان لانهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل وانما ثبت ذلك بشهادة الزنا ولاصحاب الشافعي وجهان كالذهبيين
وانما ان قتله حصل بمجموع الشهادة فتجب الفرامة على الجميع كالو شهدوا جميعاً على الزنا وفي كيفية الضمان وجهان

ولو ادعى انني ابتعت منك الدار التي في يدك فأنكره وطلب بيمينه نظرنا في جوابه فان اجاب بأنك لاتستحقها حلف على ذلك ولم يلزمه ان يحلف انه ما ابتاعها لانه قد يبتاعها منه ثم يردها عليه وان اجاب بأنك لم تبتعها مني حلف على ذلك

قول احمد في رجل ادعى على رجل انه أودعه فأنكره هل يحلف ما أودعني؟ قال إذا حلف مالك عندي شيء ولا لك في يدي شيء فهو يأتي على ذلك وهذا يدل على انه لا يلزمه الحلف على حسب الجواب وانه متى حلف مالك قبلي - حق يرى بذلك ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) ولا تدخل اليمين النياية ولا يحلف أحد عن غيره فلو كان المدعى عليه صغيراً أو مجنوناً لم يحلف عنه ووقف الامر حتى يبلغ الصبي ويمتلح المجنون ولم يحلف عنه وليه، ولو ادعى الاب لابنه الصغير حقاً أو ادعاء الوصي أو الامين له فانكر المدعى عليه فاقول قوله مع يمينه فان نكل قضي عليه ومن لم ير التمسك بالاكول ورأى رد اليمين على المدعي لم يحلف الولي عنها ولكن تقف اليمين ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه، وان ادعى على العبد دعوى نظرت فان كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه كالتصاوص والطلاق والمذمة فالخصومة معه دون سيده فان قلنا ان اليمين تشرع في هذا أحلف العبد دون سيده وان نكل لم يحلف غيره، وان كان مما لا يقبل قول العبد فيه كالاف مال أو جناية توجب المال فالحكم السيد واليمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال (فصل) وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها وقال لي بينة أقيمها أو حساب استثبتته لأحلف

(أحدهما) يوزع عليهم على عدد رؤوسهم كشهود الزنا لان القتل حصل من جميعهم (والثاني) على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لانهما حزبان فلكل حزب نصف فان شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالاحصان ثم رجعوا فعلى الاول على شاهدي الاحصان الثلثين وعلى الاخر الثلث لان على شاهدي الاحصان اثلاث لشهادتهما به واثنان لشهادتهما بالزنا وعلى الآخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده وعلى الوجه الثاني على شهود الاحصان ثلاثة ارباع الدية لان عليهما النصف لشهادتهما بالاحصان ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا ويحتمل ان لا يجب على شاهدي الاحصان الا النصف لان كل واحد منهما جنى جنايتين وجنى كل واحد من الآخرين جناية واحدة فكانت الدية ينقسم على عدد رؤوسهم لاسي على عدد جنايتهم كما لو قتل اثنان واحد جرحه أحدهما جرحاً والآخر اثنين

(فصل) وإذا حكم الحاكم في المال برجل وامرأتين ثم رجعوا عن الشهادة يوزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربه وان رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته وان كان الشهود رجلاً وعشرة نسوة فرجعوا عن شهادتهم فعلى الرجل السدس وعلى كل امرأة نصف السدس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان كل امرأتين كرجل فالعشر كخمسة رجال ويحتمل ان يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف وبهذا قال أبو يوسف ومحمد لان الرجل نصف البينة بدليل أنه

على ما أتقن فذكر أبو الخطاب أنه لا يهمل وإن لم يحلف جعل ذلك لا يكون ذلك نكولاً وبمهل مدة قريبة وإن قال ما أريد أن أحلف أو سكت فلم يذكر شيئاً نظرنا في المدعى فإن كان مالا أو المقصود منه المال قضى عليه بنكوله ولم ترد اليمين على المدعى نص عليه أحمد فقال أنا لا أرى رد اليمين إن حلف المدعى عليه والا دفع إليه حقه وبهذا قال أبو حنيفة واختار أبو الخطاب إن له رد اليمين على المدعى إن ردها حلف المدعي وحكم له بما ادعاه قل وقد صر به أحمد فقال ما هو يبيد يحلف ويستحق وقال هو قول أهل المدينة. روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال شريح والشمعي والتميمي وابن سيرين ومالك في المال خاصة وقاله الشافعي في جميع الدعاوى لما روي عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق رواء الدارقطني ولأنه إذا نكل ظهر صدق المدعي وقوي جانبه فتشعر اليمين في حقه كالمدعى عليه قبل نكوله وكالمدعي إذا شهد له شاهد واحد ولأن النكول قد يكون لجهله بالحال وتورعه عن الحلف على ما لا يتحققه أو للخوف من عاقبة اليمين أو ترفعاً عنها مع علمه بصدقه في إنكاره ولا يتعين بنكوله صدق المدعي فلا يجوز الحكم له من غير دليل فإذا حلف كانت يمينه دليلاً عند عدم ما هو أقوى منها كفي موضع الوفاء وقال ابن أبي ليلى لا ادعه حتى يقر أو يحلف

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على جانب المدعى عليه» فخصرها في جانب المدعى عليه وقوله «اليمين على المدعي واليمين على المدعى عليه» فجعل جنس اليمين في جنب المدعى عليه كما جعل

نصف اليمين بدليل أنه لو رجع وحده قبل الحكم كان كرجوه من كلهن فيكون الرجل حزباً والنساء حزباً فإن رجع بعض النسوة وحده والرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع وعند أبي حنيفة وأصحابه متى رجع من النسوة مع زاد على اثنين فليس على الراجعات شيء وقد مضى الكلام معبر في هذا

(فصل) وإذا شهد أربعة بأربعة فحسم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن أربعمائة فعلى كل واحد منهما ما رجع عنه بقسطه فعلى الأول خمسة وعشرون وعلى الثاني خمسون وعلى الثالث خمسة وسبعون وعلى الرابع مائة لأن كل واحد منهم يقر بأنه قوت على الشهود عليه وبع ما رجع عنه ويقتضي مذهب أبي حنيفة أن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والأربعمائة أكثر من خمسين خمسين لأن المائتين اللتين رجع عنهما قد بقيت بهما شاهدان

﴿مسئلة﴾ (وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد غرم المال كله ويتخرج إن ينرم النصف)

المقصود عن أحمد رحمه الله أنه يضمن المال كله في رواية جماعة ويتخرج أن يضمن النصف وبه قال مالك والشافعي لأنه أحد حجتي الدعوى فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين

جنس البيعة في جنبة المدعي وقال احمد قدم ابن عمر الى عثمان في عهده له فقال له احلف انك ما بعته وبه عيب علمته قاي ابن عمر ان يحلف فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعي ولانها بيعة في المال تحكم فيها بالنكول كما لو مات من لا وارث له فوجد الامام في دفتره ديناً له على انسان فطالبه به فانكره وطلب منه اليمين فانكره فانه لا خلاف ان اليمين لا ترد وقد ذكر اصحاب الشافعي في هذا انه يقضى بالنكول في احد الوجهين وفي الآخر يحبس المدعي عليه حتى يقرأ ويحلف ، وكذلك لو ادعى رجل دلي ميت أنه وصى اليه بتمريق ثبته وانكر الورثة ونكلوا عن اليمين قضى عليهم والخبر لا تعرف صحته ومخالفة ابن عمر له في القصة التي ذكرناها تدل على ضعفه فانه لم يرد اليمين على المدعي ولا ردها عثمان فلي هذا إذا نكل عن اليمين قل له الحاكم ان حلفت والا قضيت عليك ثلاثاً فان حلف والا قضى عليه وعلى القول الآخر يقول له انك رد اليمين على المدعي فان ردها حلف وقضى له وان نكل عن اليمين سئل عن سبب نكوله فان قال لي يمينه اقيمها أو حساب استثبتته لاحلف على ما أتقنه اخرت المحكمة وان قال ما اريد ان احلف سقط حقه من اليمين فلو بنها في ذلك المجلس بعد هذا لم تسمع منه إلى ان يعود في مجلس آخر فان قيل فللمدعي عليه لو امتنع من اليمين ثم بنها سمعت منه فلم منعتم سماعها ههنا ؟ قلنا اليمين في حق المدعي عليه هي الاصل فتقدر عليها او بنها وجب قبولها والمصير اليها كالمبدلات مع ابدالها وأما يمين المدعي فهي بدل فاذا امتنع منها لم ينتقل الحق الى غيره فاذا امتنع منها سقط حقه منها لضعفها ،

ولنا ان الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه كاشاهدين بحقته ان اليمين قول الخصم وقول الخصم اس بحجة على خصمه وانما هو شرط الحكم فخرى مجرى مطالبته للحاكم بالحكم وبهذا ينفصل عما ذكرناه ، وان سلمنا انها حجة لكن انما جعلها حجة شهادة الشاهد ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر قال أبو الخطاب ويتخرج ان لا يلزمه الا النصف اذا قلنا يرد اليمين على المدعي

(فصل) واذا شهد شاهدان انه أعتق هذا العبد عن ضمان مائة درهم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجما رجوع السيد على الشاهدين بمائة لانها تمام القيمة وكذلك ان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرماً للزواج مائة لانهما قوتاهما بشهادتهما الرجوع عنها ، وان شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكره وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بهد الحكم عليه بصداقها فعلى شهود النكاح الضمان لانهم الزموا المسمى ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف لانهما قرراه وشاهدا النكاح أوجباه فيقسم بين الأربعة ارباعاً ، وان شهد مع هذا شاهداً بالطلاق لم يلزمهما شيء لانهما لم يفوتا عليه شيئاً يدعيه ولا أوجبا عليه ما لم يكن واجباً .

وأما إذا حلف وقضى له فعاد المدعى عليه وبذل اليمين لم يسمع منه وهكذا لو بذلها بعد الحكم عليه بنكوله لم يسمع لأن الحكم قد تم فلا ينقض كما لو قامت به يذنة ، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول نص عليه أحمد في القصاص

ونقل عنه في رجل ادعى على رجل أنه قذفه فقال استخافوه فإن قال لا احلف أقيم عليه قال أبو بكر هذا قول قديم والمذهب أنه لا يقضى في شيء من هذا بالنكول ولا فرق بين القصاص في النفس والقصاص في العار وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يقضى بالنكول في القصاص فيما دون النفس ومن أحمد مثله والاول هو المذهب لأن هذا أحد نوعي القصاص فأشبهه النوع الآخر فلي هذا ما يصنع به فيه وجوب (أحدهما) بخلى سبيله لأنه لم يثبت عليه حجة وتكون فائدة شرعية اليمين الردع والزجر (والثاني) بحبس حتى يقر أو يحلف ، وأصل الوجوبين المرأة إذا تسكلت عن الأمان

(فصل) وإذا خاف فقال إن شاء الله تعالى أعيدت عليه اليمين لأن الاستثناء يزيل حكم اليمين وكذلك أن وصل يمينه بشرط أو كلام غير مفهوم ، وإن حلف قبل أن يستخافه الحاكم أعيدت عليه ولم يستد بها حلف قبل الاستخلاف ، وكذلك أن استخافه الحاكم قبل أن يسأله المدعي استخلافه لم يستد بها

(فصل) ولو ادعى على رجل ديناً أو حقاً فقال قد أبرئتني منه أو استوفيته مني فلقول قول من ينكر الإبراء والاستيفاء مع يمينه ويكفيه أن يحلف بالله أن هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوماً ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه وإن ادعى استيفاءه أو الإبراء بجهة معلومة حلف على تلك الجهة وحدها وكفاه

﴿مسئلة﴾ (وإن بان بعد الحكم أن الشاهد كان كافراً أو فاسقاً نقض الحكم ويرجع بالمال أو يبدله على المحكوم له ، وإن كان المحكوم به كافراً أو فاسقاً على الزكيات فإن لم يكن ثم تزكية فلي الحاكم ، وعنه لا ينقض إذا كانا فاسقين)

وجملة ذلك أن الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان فاسقاً أو كافراً فإن الإمام ينقض حكمه ويرد المال إن كان قائماً أو عوضه إن كان تالفاً ، فإن تعدد ذلك لأعدائه وغيره فلي الحاكم ثم يرجع على الشهود له وعن أحمد رواية أخرى لا ينقض حكمه إذا كان فاسقاً ويفرم الشهود المال وكذلك إذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه رواية واختلاف في باب الشافعي فيه أيضاً ولا خلاف بين الجميع أنه ينقض حكمه إذا كان كافراً وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين فتقيس على ذلك إذا حكم بشهادة فاسقين فإن شهادة الفاسقين مجمع على ردها وقد نص الله تعالى على التبين فيها فقال سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) وأمر

(فصل) والحقوق على ضربين (أحدهما) ما هو حق لآدمي (والثاني) ما هو حق لله تعالى. فحق الآدمي ينقسم قسمين (أحدهما) ما هو مال أو المتصود منه المال فهذا تشرع فيه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم فإذا لم تكن للدعي بيعة حاف المدعى عليه وبرىء وقد ثبت هذا في قصة الحضرمي والكندي الذين اختلفا في الأرض وعموم قول النبي ﷺ «واسكن اليمين على المدعى عليه» (القسم الثاني) ما ليس بمال ولا المتصود منه المال وهو كل ما لا يثبت إلا بشاهدين كالتقصاص وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والعتق والنسب والاستيلاء والولاء والرق ففيه روايتان (إحدهما) لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين قال أحمد لم اسمع من مضي جوزوا الايمان الا في الاموال والعروض خاصة. هذا قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة فإنه يقول لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة في الايلاء ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاء والولاء والنسب لأن هذه الاشياء لا يدخلها البدل وإنما تعرض اليمين فيما يدخله البدل فإن المدعى عليه مخير بين ان يحلف أو يسلم ولأن هذه الاشياء لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحدود (والرواية الثانية) يستحلف في الطلاق والتقصاص والقذف وقول الخرق إذا قال ادجمعك فقالت انقصت مدني قبل رجعتك تقول قولها مع يمينه، وإذا اختلف في مضي الاربية اشهر فالقول قوله مع يمينه فيخرج من هذا انه يستحلف في كل حق لآدمي وهذا قول اشعافي وأبي يوسف ومحمد لقول النبي ﷺ «لو يعطى الناس بدعوائهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» أخرجه سلم وهذا عام في كل مدعى عليه وهو ظاهر في دعوى الدماء. لذكرها في الدعوى مع عموم الاحاديث ولأنها دعوى صحيحة في حق لآدمي بخلاف غيرها المدعى عليه كدعوى المال. (الضرب الثاني) حقوق الله تعالى وهي نوعان (أحدهما) الحدود فلا تشرع فيها يمين ولا نعلم في هذا خلافاً لأنه لو قرئتم رحم عن اقراره قبل منه وخلي من غير يمين

وامر بإشهاد العدول فقال سبحانه (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال سبحانه (من ترضون من الشهداء) فيجب تقض الحكم لقوات المدالة كما يجب نقض لقوات الاسلام ولأن الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه فإذا شهد شاهدان انه كان موجوداً حال الحكم وجب نقض الحكم كالكفر والرق في العقوبات. إذا ثبت هذا فنأخذ حنيفة قال لا يسمع الحكم الشهادة بفسق الشاهدين قبل الحكم ولا بعده ومتى جرح الشهود عابه البيعة لم تسمع بيئته بالفسق لكن يسأل عن الشاهدين ولا يسمع على الفسق شهادة لأن الفسق لا يتعلق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبيعة.

ولنا أنه معنى يتعلق به الحكم فسميت فيه الدعوى والبيعة كالتركزية. وقوله لا يتعلق به حق أحد ممنوع فإن الشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعد. وتبرئته من اخذ ماله او عقوبته بغير حق فوجب ان تسمع فيه الدعوى والبيعة كما لو ادعى رق الشاهد ولم

فلان لا يستحلف مع عدم الاقرار أولى ولأنه يستحب ستره والتعريض للمقر به بالرجوع عن اقراره وللشهود بترك الشهادة والستر عليه قال النبي ﷺ لهزال في قصة ماعز « ياهزال لو سترته بشوك لكان خيرا لك » فلا تشرع فيه يمين بحال . (النوع الثاني) الحقوق المالية كدعوى الساعي الزكاة على رب المال وان الحول قد تم وكل النصاب فقال احمد القول قول رب المال من غير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يستحلف لانها دعوى مسموعة أثبت حق الآدمي .

ولنا أنه حق لله تعالى أشبه الحد ولأن ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالعالة ولو ادعى عليه ان عليه كفارة يمين أو ظهر أو نذر صدقة أو غيرها فالتقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد لله تعالى لانه لاحق للمدعي فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه كما لو ادعى حقا لغيره من غير اذنه ولا ولاية له عليه فان تضمنت دعواه حقا له مثل ان يدعي سرقة له ليعضن السارق أو يأخذ منه ما سرقه أو يدعي عليه ائزنا بجارته ليأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعي عليه لحق الآدمي دون حق الله تعالى .

يدعه لنفسه ولأنه إذا لم تسمع البيعة بالفسق أدى إلى ظلم الشهود عليه فإذا لم يسمع عليه شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالما له فأما ان قامت البيعة انه حكم بشهادة الدين أو ولدن أو عاوين فان كان الحاكم الذي حكم بشهادتهما من يرى الحكم به لم ينقض حكمه لانه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخلف نصا ولا اجماعا فان كل من لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لان الحاكم يستقد بطلانا .

(فصل) فان كان المحكوم به اتلفا كالقطع في السرقة والقتل ثم بان أنها كافرين أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاعدين لانهما مقيان على أنهما صادقان فيما شهدا به وإنما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة فانهما اعترفا بكذبهما فن لا يمكن ثم زكون فالضمان على الحاكم أو الامام الذي تولى ذلك لانه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لانه مخلف وتجب الدية وفي محلها روايتان (احدهما) في بيت المال (والثانية) على العاقلة وقد ذكرنا ذلك فيما مضى وللشافعي قولان كالروايتين فان قلنا الدية على العاقلة لم تحمل إلا اثلاث فما زاد ولا تحمل الكفارة لانها لا تحمل ذلك في محل الوفق كذا هي هنا وتكون الكفارة في مال القتيل وان قلنا في بيت المال فينبغي أن يكون فيه اقليل والكثير لانه يكثر فيه خطؤه فجعل الغنائم عليه ليحصف به وان قل ولان جملة في بيت المال لعله انه نائب عنهم وخطأ النائب على مستثنيه وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من يتولاه قال أصحابنا وان كان الولي استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم لان الحاكم سلطه على ذلك وممكنه منه والولي يدعي انه حقه فان قيل فإذا

(مسئلة) قال (واذا شهد من الاربعة اثنان ان هذا زنى بها في هذا البيت وشهد الآخرون انه زنى بها في البيت الآخر فالاربعة قذفة وعليهم الحد)

وجملته ان من شرط صحة الشهادة على الزنا اجتماع الشهود الاربعة على فعل واحد فان لم يجتمعوا لم تكمل الشهادة وكان الجميع قذفة وعليهم الحد فاذا شهد اثنان انه زنى بها في هذا البيت واثنان انه زنى بها في بيت آخر فما اجتمعوا على الشهادة بزنا واحد لان الزنا في هذا البيت غير الزنا في الآخر فلم تكمل شهادتهم ويحدون حد القذف ، وبهذا قال مالك والشافعي في أحد قوليه ، وقال ابو بكر تكمل شهادتهم ويحد المشهود عليه واستبعد ابو الخطاب وقال هذا سهو من الناقل لانه يخالف الاصول والاجماع والحد يدبر بالشبهات فكيف يجب بها ؟

وقال النخعي وأصحاب الرأي وأبو ثور والشافعي في قول لاحد على الشهود لانهم كلوا اربعة ولا على المشهود عليه لانهم لم يشهدوا بزنا واحد يجب الحد به

ولنا انهم لم يشهدوا بزنا واحد فلزمهم الحد كما لو شهد اثنان انه زنى بامرأة واثنان انه زنى بغيرها . ولانه لا يخلو من ان تكون شهادتهم بزنا واحد او باثنين فان كانت بفعل واحد مثل ان يعين الجميع وقتاً واحداً لا يمكن زناه فيه في الموضعين فائتان منهم كاذبان يقيناً واثنان منهم لو خلوا

كان الولي استوفى حقه فينبغي أن يكون الضمان عليه كما لو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق الشهود كان الضمان على المستوفي دون الحاكم كذا ههنا قلنا ثم حصل في يد المستوفي مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه ان تلف وههنا لم يحصل في يده شيء وانما أتلف شيئاً بخطأ الامام وتسليطه عليه فافترقا .

(فصل) فان كان ثم مزكون مثل أن يشهد بالزنا اربعة فيزكيهم اثنان فرجم للشهود عليه ثم بان الشهود فسقة أو عبيدا أو بعضهم فلا ضمان على الشهود لانهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم يقينا والضمنان على الزكيين ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال القاضي الضمان على الحاكم لانه حكم بقتله من غير تحقيق شرطه ولا ضمان على الزكيين لان شهادتهما شرط وليست الموجبة ، وقال ابو الخطاب في رموس المسائل الضمان على الشهود بالزنا

ولنا ان الزكيين شهدوا بالزور شهادة أفضت إلى قتله فلزمهم الضمان كشهود الزنا اذا رجحوا ولا ضمان على الحاكم لانه أمكن احالة الحكم على الشهود فاشبه ما إذا رجحوا عن الشهادة وقولهم إن شهادتهم شرط لا يصح لان من أصلنا ان شهود الاحصان يلزمهم الضمان وان لم يشهدوا بالسبب

عن المعارضة لشهادتهم لكانا قد دفعنا التعارض اولى، وإن كانت شهادتهم بفعلان كانوا قد دفعوا كما لو عينوا في شهادتهم انه زنى مرة أخرى، وما ذكره يطال بالاصل الذي ذكرناه

(فصل) وكذلك كل شهادة على فعلان مثل ان يشهد اثنان انه زنى بامرأة وآخران انه زنى بأخرى أو يشهدان انه زنى بها في يوم وآخران انه زنى بها في آخر أو يشهدان انه زنى بها ليلاً وآخران انه زنى بها نهاراً أو يشهدان انه زنى بها غدوة ويشهد آخران انه زنى بها عشياً وأشياء هذا فانهم قد دفعوا في هذه المواضع وعليهم الحد لما ذكرناه، فان شهد اثنان انه زنى بها في زاوية بيت وشهد آخران انه زنى بها في زاوية منه أخرى وكانا متباعدين فالحكم فيه كما ذكرناه وقال ابو حنيفة تقبل شهادتهم ويحد المشهود عليه استحساناً وهو قول ابي بكر

ولنا انها مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحد فيهما ولا يصح نسبته اليهما فاشبهوا البيتين. وأما إن كانا متقاربين تمكن نسبته إلى كل واحدة منهما لقربه منها كملت الشهادة لامكان صدقهم في نسبته إلى الزاويتين جميعاً

(فصل) ومتى كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما مثل ان يشهد أحدهما انه غصبه ديناراً يوم السبت ويشهد الآخر انه غصبه ديناراً يوم الجمعة أو يشهد أحدهما انه غصبه بدمشق ويشهد الآخر انه غصبه بمصر، أو يشهد

وقد نص عليه احمد وقول ابي الخطاب لا يصح لان شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف المذكيين فانه تبين كذبهم وانهم شهدوا بالزور فأما ان تبين فسق المذكيين فالضمان على الحاكم لان التفريط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث فلزمه الضمان كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين كذبهم

(الفصل) ولو جلد امام انساناً بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد فعلى الامام ضمان ما حصل بسبب الضرب

وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا ضمان عليه

ولنا انها جناية صدرت عن خطأ الامام فكانت مضمونة عليه كما لو قطعه أو قتله

﴿مسئلة﴾ (وإن شهدوا عند الحاكم بحق ثم ماتوا حكم بشهادتهم إذا ثبتت عدالتهم)

لانهم أدوا الشهادة، أشبه مالهو كانوا أحياء وكذلك ان جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

﴿مسئلة﴾ (وإذا علم الحاكم بشاهد الزور عزره وطاف به في المواضع التي يشتهر فيها فيقال انا وجدنا هذا شاهد زور فاجتنبوه)

شهادة الزور من اكبر الكبائر وقد نهى تعالى عنه في كتابه مع نهيه عن الاوثان فقال سبحانه (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) وروى ابو بكر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « ألا أنبئكم باكبر الكبائر ؟ قالوا بلى يا رسول الله قال « الاشرار بالله وعقوق الوالدين »

[المقي والشرح الكبير] حكم ما لو كانت شهادة على فعل اختلف الشاهدان في زمانه أو مكانه ١٣١

أحدهما أنه غصبه ديناراً ويشهد الآخر أنه غصبه ثوباً فلا تكمل الشهادة لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان . وهكذا إن اختلفا في زمن القتل أو مكانه أو صفته أو في شرب الخمر أو القذف لم تكمل الشهادة لأن ما شهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد فلم يقبل إلا على قول أبي بكر فإن هذه الشهادة لم تكمل ويثبت المشهود به إذا اختلفا في الزمان والمكان ، فأما إن اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيساً أسود ، أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد الآخر أنه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة ذكره ابن حامد وقال أبو بكر تكمل والاول أصح لأن كل فعل لم يشهد به إلا واحد على ما قدمناه

وإن اختلفا في صفة المشهود به اختلافاً يوجب تفايرهما مثل أن يشهد أحدهما بثوب والآخر بدينار فلا خلاف في أن الشهادة لا تكمل لأنه لا يمكن إيجابها جميعاً لأنه يكون إيجاباً بالحق عليه بشهادة واحد ولا إيجاب أحدهما بعينه لأن الآخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الآخر ، فأما إن شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في الزمان أو المكان أو الصفة ثبتا جميعاً لأن كل واحد منهما قد شهدت به بيعة عادلة لو انفردت أثبتت الحق وشهادة الأخرى لا تعارضها لامكان الجمع بينهما إلا أن يكون الفعل مما لا يمكن تكرره كقتل رجل بعينه فتعارض البيعتان لعلنا أن أحدهما كاذبة ولا نعلم

وكان متكثراً فجلس فقال «ألا و قول الزور وشهادة الزور» فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه وروى أبو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « شاهد الزور لا تزول قدماه حتى تحب له النار » فتى ثبت عند الحاكم أن رجلاً شهد بزور عمداً عزره وشهره في قول أكثر أهل العلم ، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والأوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يعزر ولا يشهر ولأنه قول منكر وزور فلا يعزر به كالأهواز ، وروى عنه الأهوازي أنه يشهر وأنكره المتأخرون ولنا أنه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قتله كالسب والقذف ويخالف الظاهر من وجهين (أحدهما) أنه يخص بضرره (والثاني) أنه أوجب كفارة شاقة هي يشهد من التعزير ولأنه قول عمر رضي الله عنه ولا تعلم له في الصحابة مخالفاً . إذا ثبت ذلك فإن عقوبته غير مقدرة وإنما ذلك منقوض إلى رأي الحاكم إن رأى ذلك بالجلد فعل وإن رآه بحبس أو كشف رأسه وتوبيخه فعل ولا يزيد في جلده على عشر جلدات وقال الشافعي لا يزيد على تسع وثلاثين . وقال ابن أبي ليلى يجلد خمسا وسبعين سوطاً . وهذا أحد قولي أبي يوسف وقال الأوزاعي في شاهدي الطلاق يجلدان مائة ويغرمان الصداق .

ولنا قول النبي ﷺ « لا يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله » متفق عليه

١٣٢ حكم ما لو كانت الشهادة على فعل اختلف الشاهدان في زمانه أو مكانه (الغني والشرح الكبير)

أيهما هي بخلاف ما يكرر ويمكن صدق اليتيمين فيه فأنهما جميعاً يثبتان ان ادعاهما ، وان لم يدع الا احدهما ثبت له مادعاه دون ما لم يدعه

وان شهد اثنان انه سرق مع الزوال كيسا اسود وشهد آخران انه سرق مع الزوال كيسا ابيض او شهد اثنان انه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخران انه سرقه عشياً فقال القاضي : يتعارضان وهو مذهب الشافعي كما لو كان المشهود به قتلا والصحيح ان هذا لا تعارض فيه لانه يمكن صدق اليتيمين بأن يسرق عند الزوال كيسين ابيض وأسود فشهد كل بينة بأحدهما ويمكن ان يسرق كيسا غدوة ثم يعود إلى صاحبه او غيره فيسرقه عشياً ومع إمكان الجمع لا تعارض ، فعلى هذا ان ادعاهما المشهود له ثبتا له في الصورة الاولى ، وأما في الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب فان المشهود به وان كان فعلين لكنهما في محل واحد فلا يجب أكثر من ضمانه وان لم يدع المشهود له إلا احد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه اياه ، وان شهد له شاهد بسرقه كيس في يوم وشهد آخر بسرقه كيس في يوم آخر او شهد احدهما في مكان وشهد آخر بسرقه في مكان آخر أو شهد احدهما بنصب كيس ابيض وشهد آخر بنصب كيس اسود فادعاهما المشهود له فله ان يجلب مع كل واحد منهما ويحكم له به لانه مال قد شهد اياه شاهد ، وإن لم يدع الا احدهما ثبت له مادعاه ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه اياه .

وقال القاسم وسالم يخفق سبع خفقات فأما شهرته بين الناس فانه يوقف في سوقه ان كان من اهل السوق أو في قبيلته ان كان من اهل القبائل أو في مسجده ان كان من اهل المساجد ويقول الموكل به ان الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فاعرفوه ، وهذا مذهب الشافعي وأبي الوليد بن عبد الملك بشاهد زور فأمر بقطع لسانه وعنده قاسم وسالم فقالا سبحانه الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال هذا أبو قيس وجدناه شاهد زور ففعل ذلك به ، ولا يسخم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادي على نفسه ، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه يجلد أربعين جلدة ويسخم وجهه ويطال حبسه رواه الامام احمد وقال سوار يابب ويدار به على حلق السجدة فيقول من رأى في فلا يشهد بزور وروى عن عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة أنه امر بحلق بعض رؤسهم وتسخم وجوههم ويطاف بهم في السوق والذي شهدوا له معهم .

ولنا أن هذا مثله وقد نهى النبي ﷺ عن المثلة وما روي عن عمر فقد روي عنه خلافه وانه حبسه يوماً وخلى سبيله وفي الجملة ليس في هذا تقدير شرعي فما فعل الحاكم بما رآه لم يخرج عن مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ولا يفعل به شيء من هذا حتى يتحقق أنه شاهد زور وتعمد ذلك أو يشهد على رجل بفعل في الشام ويعلم ان المشهود عليه في ذلك الوقت في العراق أو يشهد بقتل رجل وهو حي وأن هذه البينة في يد هذا منذ ثلاثة أعوام وسننا اقل من ذلك أو يشهد على رجل

(فصل) فأما الشهادة على الاقرار مثل أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي يوم الخميس بدمشق أنه قتله أو قذفه أو غصبه كذا أو أن له في ذمته كذا ويشهد آخر أنه أقر عندي بهذا يوم السبت بمصر كملت شهادتهما وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقول زفر لا تكمل شهادتهما لأن كل اقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة فأشبه الشهادة على الفعل

ولنا أن المقر به واحد وقد شهد اثنان بالاقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الاقرار بهما واحداً وفارق الشهادة على الفعل فإن الشهادة فيها على فعلين مختلفين فتظيره من الاقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي أنه قتله في يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة فإن شهادتهما لا تقبل ههنا ويحقق ما ذكرناه أنه لا يمكن جمع الشهود لسماح الشهادة في حق كل واحد والمادة جارية بطلب الشهود في أماكنهم لاني جمعهم إلى الشهود له فيمضي اليهم في أوقات متفرقة وأما كن مختلفة فيشهدهم على اقراه وإن كان الاقرار على فعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي أنه قتله يوم الجمعة أو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه قذفه بالعريية ، وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي أنه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة لأن الذي شهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنانير وشهد الآخر أنه أقر أنه غصبه دراهم لم تكمل الشهادة ، وعلى قول أبي بكر تكمل الشهادة في القتل والقذف لأن القذف بالعريية أو العجمية ، واقتضى بالبصرة أو الكوفة ليس من المتضي فلا يعتبر في الشهادة ولم يؤثر والاول أصح

أنه فعل شيئاً وقد مات قبل ذلك وأشباه هذا مما يعلم به كذبه ويعلم تعمده لذلك فأما تعارض البيتين أو ظهور فسقه أو غلظه في شهادته فلا يؤدب لأب أنفق لا يمنع الصدق وتعارض لا يمنع أنه كذب احدي البيتين بمينها وانفلط قد يمرض للصادق العدل ولا يعتمد فيمن عنه قول الله تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم)

(فصل) ومتى علم أن الشاهدين شهدا بالزور تبين أن الحكم كان باطلا ولم تقضه لانا تبيننا كذبها وإن كان المحكوم به مالا رد الى صاحبه وإن كان اتلافاً فعلى الشاهدين ضمانه لانهما سبب اتلافاً الى أن يثبت ذلك باقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعاً منهما عن شهادتهما وقد مضى حكم ذلك .

(فصل) وإن تاب شاهد الزور ومضى على ذلك مدة تظهر فيها توبته وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا تقبل شهادته أبداً لأن ذلك لا يؤمن منه .

(فصل) فان شهد أحدهما انه باع أمس وشهد الآخر انه باع اليوم او شهد أحدهما انه طلقها أمس وشهد الآخر انه طلقها اليوم فقال أصحابنا تكمل الشهادة وقال الشافعي لا تكمل لان كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه ما لو شهد بالنصب في وقتين ووجه قول أصحابنا ان المشهود به شيء واحد يجوز ان يعاد مرة بعد أخرى ويكون واحداً فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية

(فصل) وكذلك الحكم في كل شهادة على قول فالحكم فيه كالحكم في البيع إلا النكاح فإنه كالنفل الواحد فإذا شهد أحدهما انه تزوجها أمس وشهد الآخر انه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة في قولهم جميعاً لان النكاح أمس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين الا شاهد واحد فلم يثبت كما لو كانت الشهادة على فعل وكذلك اتصف بأنه لا تكمل الشهادة الا ان يشهد على قذف واحد (فصل) فان شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بنصبه منه كملت الشهادة وحكم بها لانه يجوز ان يكون الغصب الذي أقر به هو الذي شهد الشاهد به فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة كما لو شهدا في وقتين على اقراره بالغصب وقال القاضي لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها وهو قول الشافعي لانه يجوز ان يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد وهذا يبطل بالشهادة على اقرارين فإنه يجوز ان يكون ما أقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر اذا كانا في وقتين مختلفين ولانه إذا أمكن جعل الشهادة على واحد لم تحمل على اثنين كالأقرارين وكما لو شهد بالنصب اثنان

ولما انه تائب من ذنبه قبلت توبته كسائر التائبين وقوله لا يؤمن منه ذلك قلنا مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة بدليل ما نراهما تائبين فانه لا يؤمن معاودة ذنوبهم وشهادتهم مقبولة **(مسئلة)** (ولا تقبل الشهادة الا بافظ الشهادة فن قل أعلم او احق لم يحكم به) وجملة ذلك أن لفظ الشهادة معتبر في أدائها فيقول أشهد أنه أقر بكذا ونحوه ولو قل أعلم أو احق أو اتيقن أو اعرف لم يعتد به لأن الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الاتيان بفعلها المشتق منها ولان فيها معنى لا يحصل في غيرها من اللفظات بدليل انها تستعمل في الامان ولا يحصل ذلك من غيرها وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم في ذلك خلافاً.

(فصل) واذا عين العدل شهادته بحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت منه ما لم يحكم بشهادته ذكره الخراقي مثل ان يشهد بمائة ثم يقول بل هي مائة وخمسون أو بل هي تسعون فإنه يقبل منه رجوعاً ويحكم بما شهد به أخيراً وهذا قال أبو حنيفة وأشوري وإسحاق وقال الزهري لا تقبل شهادته الاولى ولا الاخيرة لان كل واحدة منهما ترد ولان الاولى مرجوع عنها (والثانية) غير موثوق بها لأنها من مقربة لمطلعه وخطئه في شهادته فلا يؤمن أن تكون في الغلط كالأولى وقال مالك يؤخذ بما قل قوله لانه أدى الشهادة وهو غير متهم فلا يقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم

وشهد على الاقرار به اثنان وان شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد أو أنه اقر بغصبه منه وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تكمل شهادتهما لانهما لم يشهدا على شيء واحد وان شهد أنه أخذه من يديه الزمعه الحاكم رده الى يديه لان اليد دليل الملك فنرد الى يده لتكون دلائلها ثابتة له قل منها سألت أبا عبد الله عن رجل ادعى دارا في يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما ان هذه الدار للفلان وقال الآخر اشهد ان هذه الدار دار فلان قال شهادتهما جائزة

(فصل) ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه لان الناس يختلفون في شروطه فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد يعتقد ان النكاح صحيح وهو فاسد ، وان شهد بمقدسواه كالبيع والاجارة فهل يشترط ذكر شروطه؟ على روايتين (أحدهما) يشترط ذكرها لان الناس يختلفون في شروطه فاشترط ذكرها كالنكاح (واثنية) لا يشترط ذكر شروطه لانه لا يشترط ذكرها في الدعوى فكذلك في الشهادة به بخلاف النكاح وان شهد بالرضاع فلا بد من ذكر أنه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه وعدد الرضعات لان الناس يختلفون في عدد الرضعات وفي الرضاع المحرم وان شهد أنه ابنها من الرضاع لا يكفي لاختلاف الناس فيما يعبر به ابنها ولا بد من ذكر ان ذلك كان في الحولين وان شهد بالقتل فلا بد من وصف القتل فيقول جرحه قتلته أو ضربه بكذا قتلته ولو قال ضربه فمات لم يحكم بذلك لجواز ان يكون مات بغير هذا وقد روي عن شريح انه شهد عنده رجل فقال أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح فمات منه أو قتلته؟ فأعاد القول الاول وأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل قتلته ولا فمات منه فقال له شريح قم فلا شهادة لك رواه سميد ومن شهد بالزنا فلا بد من ذكر الزاني والزني بها ويمكن الزنا

ولنا ان شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما لو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الاولى لانها قد بطلت برجوعه عنها ولا يجوز الحكم بها لانها شرط الحكم فوجب استمرارها الى انقضائه ويقارن رجوعه بهد الحكم لان الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينقض بعد تمامه .

(باب اليمين في الدعاوى)

وهي مشروعة في حق النكر في كل حق لآدمي وجملة ذلك أن الملتزم على ضريين (أحدهما) ما هو حق لآدمي (وانثاني) ما هو حق لله تعالى وحق لآدمي ينقسم قسمين :
(أحدهما) ما هو مال أو المقصود منه المال كالبيع والقرض والصلح والنصب والجناية الموجبة للمال فيستحلف فيه لقول رسول الله ﷺ «لو يعلم الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» متفق عليه ولحديث الحضرمي والكندي

وصفته لأن اسم الزنا يطلق على ما لا يوجب الحد وقد يعتقد الشاهد ما ليس بزنا زنا فاعتبر ذكر صفة
ليزول الاحتمال واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون ممن تحمل له أوله في وطنها شبهة وذكر المكان لئلا تكون
الشهادة منهم على فعلين ومن أصحابنا من قال لا يحتاج إلى ذكر الزني بها ولا ذكر المكان لأنه محل
للفعل فلم يعتبر ذكره كالزمان وإن شهد بالسرقة فلا بد من ذكر سرقة نصاب من الجرز وذكر المسروق
منه وصفة السرقة وإن شهد بالقذف فلا بد من ذكر التذوف وصفة القذف وإن شهد بمال احتاج
إلى تحريره بمثل ما ذكرنا في الدعوى وإن ترك الشاهد ذكر شيء يحتاج إلى ذكره سأل الحاكم
عنه كما سأل شريح الشاهد الذي شهد عنده أنه انكأ عليه بمرقه حتى مات، وإن حرر المدعي دعواه
أو حرر أحد الشاهدين شهادته وشهد بها وقل الآخر أشهد بمثل ذلك أو قال حين حرر المدعي
دعواه أشهد بذلك أو بهذا اجزأه

(مسئلة) قال (ولو جاء أربعة متفرقون والحاكم جالس في مجلس حكمه لم يتم قبل
شهادتهم وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد)

هذه المسئلة قد ذكرناها في كتاب الحدود بما أفتى عن إعادتها هنا

(مسئلة) قال (ومن حكم بشهادتهما بجرح أو قتل ثم رجعا وقالا عمدنا اقتض منهما
وإن قالا اخطأنا فرما الدية أو ارش الجرح)

وجملة الأمر أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها)

(القسم الثاني) ما ليس بمثل ولا المقصود منه المال وهو كل ما لا يثبت إلا بشاهدين كالتقصاض
وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والعق والنسب والاستيلاء والولاء والرق فيه روايتان:
(أحدهما) لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين قال أحمد ولم أسمع من مضي جوز
الايان إلا في الأموال والعروض خاصة، وهذا قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة فإنه قال لا يستحلف
في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفينة في الإيلاء ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاء
والولاء والنسب لأن هذه الأشياء لا يدخلها البذل وإنما تعرض اليمين فيما يدخلها البذل فإن المدعى
عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم ولا تـ هذه الأشياء لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين فلا تعرض
فيها اليمين كالحدر.

(والرواية الثانية) يستحلف في العلق والتقصاض والقنف وقال الخري إذا قال ارتفعتك قتالت
اتقصت عني قبل رجعتك قال قولها مع يمينها وإذا اختلفا في مضي الأربعة الأشهر في الإيلاء قال قول
قوله مع يمينه فيخرج في هذا أنه يستحلف في كل حق لا دمي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد

ان يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها في قول عامة أهل العلم وحكي عن أبي ثور أنه شد عن أهل العلم وقال يحكم بها لان الشهادة قد ادبت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم وهذا فاسد لان الشهادة شرط الحكم فاذا زالت قبله لم يجوز كما لو فسقا ولان رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يجوز الحكم بها كما لو شهدا بقتل رجل ثم علم حياته ولانه زال ظنه في ان ما شهد به حق فلم يجوز له الحكم به كما لو تغير اجتهاده وفارق ما بعد الحكم فانه تم بشرطه ولأن الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهاده . (الحال الثاني) ان يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فينظر فان كان المحكوم به عقوبة كالحد والقصاص لم يجوز استيفاؤه لان الحدود تدرك بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات ولان المحكوم به عقوبة ولم يتمين استحقاقها ولا سبيل الى جبرها فلم يجوز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم وفارق المال فانه يمكن جبره بإزام الشاهدين عوضه والحد والقصاص لا ينجر بإيجاب مثله على الشاهدين لان ذلك ليس بجبر ولا يحصل لمن وجب له منه عوض وانما شرع للزجر والتشفي والانتقام لا للجبر فان قيل قد قلتم انه اذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهدان استوفي في احد الوجهين قلنا الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق لانهما يقران ان شهادتهما زور وانما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما وهذا الذي طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذبا ولا أنه كان فاسقا حين ادى الشهادة ولا حين الحكم بها ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزم شيء والراجح ان تلزمهما غرامة ما شهدا به فافترقا وان كان المشهود به مالا استوفي ولم ينقض حكمه في قول

قول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعوائهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم » ولان اليمين على المدعى عليه وهذا عام في كل مدعى وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الاحاديث ولأنها دعوى صحيحة في حق آدمي فجاز أن يحلف عليه كدعوى المال وهذا أولى إن شاء الله تعالى . وقال ابو بكر عبد الميزيز تشرع اليمين في كل حق لا آدمي الا في النكاح والطلاق لان هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف كحق الله سبحانه وانما كان كذلك لان الابضاع مما يحتاط لها فلا تسباح بالنكول لأن الذكول ليس بحجة قوية لانه سكوت مجرد يحتمل أن يكون للخوف من اليمين ويحتمل أن يكون للجهل بحقيقة الحال ، ويحتمل أن يكون لملفه بصدق المدعى ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضى به فيها محتاط له ، وقال ابو الخطاب تشرع اليمين في كل حق لا آدمي الا في تسعة أشياء النكاح والرجعة والطلاق والرق والاستيلاء والنسب والقذف والقصاص لان البدل لا يدخل هذه الاشياء ثم يستحلف فيها كحقوق الله سبحانه ، وقال القاضي في الطلاق والقصاص والقذف روايتان (احدهما) لا يستحلف فيها لذلك (والثانية) يستحلف فيها لانها دعوى صحيحة يستحلف فيها كدعوى المال . وأما البتة الباقية فلا يستحلف فيها رواية واحدة لا سبق وقال الخليل لا يستحلف

أهل الفتية من علماء الامصار وحكي عن سعيد بن المسيب والاوزاعي أنهما قالَا ينقض الحكم وان استوفى الحق لان الحق ثبت بشهادتهما فاذا رجعا زال ما ثبت به الحكم فنقض الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين

ولنا أن حق المشهود له وجبه فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لأنفسهما . يحقق هذا ان حق الانسان لا يزول إلا بينة أو اقرار ورجوعهما ليس بشهادة ولهذا لا يفتر إلى لفظ الشهادة ولا هو اقرار من صاحب الحق وفارق ما إذا تبين أنهما كانا كافرين لا نتا تبينا انه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة المدول وفي مسئلتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما وانما كذبا في رجوعهما ويفارق العقوبات حيث لا تستوفي فانها تدرك بالشبهات

(الحال الثالث) أن رجعا بعد الاستيفاء فانه لا يبطل الحكم ولا يلزم للشهود له شيء سواء كن للمشهود به مالا أو عقوبة لان الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ورجع به على الشاهدين ثم ينظر. فن كن المشهود به اتلافا في مثله القصاص كالقتل والجرح نظرنا في رجوعهما فان قالوا عمدا الشهادة عليه بالزور ليقول أو يقطع فليهما القصاص وبهذا قال ابن شبرمة وابن ابي ليلى والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد

وقال أصحاب الرأي لا قود عليها لانهما لم يباشرا الاتلاف فأشبهها حافر البئر وناصب السكين اذا تلف بهما شيء

في القصاص ولا المرأة اذا أنكرت النكاح وتحلف إذا ادعت انقضاء عدتها لما سبق وإذا أقام العبد شاهداً بمثقه حلف مع شاهده وعق و هي إحدى الروايتين عن احمد وقد ذكرنا ذلك (مسئلة) (ولا يستخلف في حقوق الله سبحانه) وهي نومان (أحدهما) الحدود فلا تشرع فيها ممن لا علم في هذا خلافاً لانه لو أقر ثم رجع عن اقراره قبل منه وخلي من غير يمين فلان لا يستخلف مع عدم الاقرار اولى ولانه يستحب ستره والتعريض المقرب بالرجوع عن اقراره وللشهود ترك الشهادة والستر عليه قال النبي ﷺ لهزال في قصة ماعز « يا هزال لو سترته بثوبك لكان خيراً لك » فلا تشرع فيه يمين بحال

(النوع الثاني) الحقوق المالية كدعوى الساعي الزكاة على رب المال وان الحول قد تم وكل النصاب فقال احمد القول قول رب المال بغير يمين ولا يستخلف الناس على صدقاتهم وقول الشافعي وأبو يوسف يستخلف لانها دعوى مسموعة يتعلق بها حق آدمي اشبه حق الأدي ، ووجه الاول انه حق لله تعالى اشبه الحد ولان ذلك عبادة فلا يستخلف عليها كالصلاة ولو ادعي عليه ان عليه كفارة يمين او ظهار او نذر أو صدقة او غيرها فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد لله تعالى ولانه لا حق للمدعي فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه

ولنا ان علياً رضي الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقامه ثم غاداً قتالا اخطأنا ليس هذا هو السارق فقال علي لو علمت انكما تمعدنما لقطعتكما ولا يخالف له في الصحابة فيكون اجماعاً ولائهما تسبياً إلى قتله أو قطعه بما ينفضي اليه غالباً فلهما القصاص كالمكره وفارق الحفر ونصب السكين فانه لا ينفضي إلى اتقتل غالباً

وقد ذكرنا هذه المسئلة في القصاص قأما إن قالا عمدنا الشهادة عليه ولا نلزم انه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز أن يجزأ ذلك وجبت الدية في أموالهما مغالطة لا تشبه عمد ولم تحملها الماكلة لانه ثبت باعترافهما والماكلة لا تحمل اعترافاً ، وإن قال أحدهما عمدت قتله وقال الآخر اخطأت فعلى العائد نصف دية مغلظة وعلى الآخر نصف دية مخففة ولا قصاص في الصحيح من المذهب لانه قتل عمد وخطأ وإن قال كل واحد منهما عمدت واخطأ صاحبي احتمل أن يجب القصاص عليهما لاعتراف كل واحد منهما بعمد نفسه واحتمل وجوب الدية لان كل واحد منهما انما اعترف بعمد شاركت فيه مغلطاً وهذا لا يوجب قصاص والانسان انما يؤخذ باقراره لا باقرار غيره فعلى هذا يجب عليهما دية مغلظة وإن قال أحدهما عمدنا جميعاً وقال الآخر عمدت واخطأ صاحبي فعلى الاول القصاص وفي الثاني وجهان كالتي قبلها

وإن قالا جميعاً اخطأنا فعليهما الدية مخففة في أموالهما لان الماكلة لا تحمل الاعتراف ، وإن قال أحدهما عمدنا معاً وقال الآخر اخطأنا معاً فعلى الاول القصاص وعلى الثاني نصف دية مخففة لان كل

كما لو ادعى حقاً لغيره من غير اذنه ولا ولاية له عليه فان تضمنت دعواه حقاً له مثل ان يدعي سرقة ماله لتضمنين السارق أو يأخذ منه ما سرق أو يدعي عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (ويجوز الحكم في المال وما يقصد به للمال بشاهد ويمين المدعي)

روي ذلك عن الخلفاء الاربعة رضي الله عنهم ، وقد سبق ذكر ذلك ولا يقبل فيه شهادة امرأتين ويمين لان شهادة النساء ناقصة وانما اجيزت بانضمام الذكر اليهن فلا يقبلن منفردات وان كثرن ويحتمل ان يقبل لان المرأتين في المال مقام رجل فيحلف معهما كما يحلف مع الرجل وهو مذهب مالك ويبطل ذلك بشهادة اربع نسوة فانه لا يقبل اجماعاً

﴿مسئلة﴾ (وهل يشبث الشئ بشاهد ويمين ؟ على روايتين)

(احدهما) يشبث وهو اختيار الخري وأبي بكر لانه ازالة ملك فيقبل فيه شاهد ويمين كالبيع أو اتلاف مال فيقبل فيه شاهد ويمين كالاتلاف بالنفل (والرواية الثانية) لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين لانه ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فأشبه الحدود والقصاص

منها يؤخذ بحكم إقراره ، وإن قال كل واحد منهما عدت ولا أدري ما فعل صاحبها ؟ فعليه انقصاص لا إقرار كل واحد منهما بالمدد ويحتمل أن لا يجب عليه انقصاص لأن إقرار كل واحد منهما لو انفرد لم يجب عليه قصاص وإنما يؤخذ الإنسان بإقراره لا بإقرار صاحبه ، وإن قال أحدهما عدت ولا أدري ما قصد صاحبي سئل صاحبه إذا قل عدت ولا أدري ما قصد صاحبي فعي كالتالي قبلها وإن قال عدنا فعليه انقصاص وفي الأول وجهان ، وإن قال أخطأت أو أخطأنا فلا قصاص على واحد منهما ، وإن جهل حل الآخر بأن يمين أو يموت أو لا يقدر عليه فلا قصاص على المقر وعليه نصيبه من الدية المعلقة

(فصل) وإن رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في أن الخالم لا يحكم بشهادتهما إذا كان رجوعه قبل الحكم وفي أنه لا يستوفي العقوبة إذا رجع قبل استيفائها لأن الشرط يحتل برجوعه كاختلاف رجوعهما ، وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لم يحكم إقراره وحده فإن أقر بما يوجب انقصاص وجب عليه ، وإن أقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منها ، وإن أقر بالخطأ وجب عليه نصيبه من الدية المخففة وإن كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية أو انقصاص ونحوه فثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فراجع الزائد منهم قبل الحكم والاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء لأن ما بقي من البيعة كاف في إثبات الحكم واستيفائه وإن رجع بعد الاستيفاء فعليه انقصاص إن أقر بما يوجب له أو قسطه من الدية أو من المقتوت بشهادتهم إن كان غير ذلك وفي ذلك اختلاف سنذكره إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (ولا يقبل في النكاح والرجعة وسائر ما لا يستحلف فيه كالطلاق والوصية شاهد ويمين) لقول الله تعالى في الرجعة (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقسنا عليه سائر ما ذكرنا لأنه ليس بمال ولا يقصد به المال أشبه العقوبات وفيه رواية أخرى يقبل فيه رجل وامرأتان أو يمين لأنه ليس بعقوبة ولا يسقط بالشبهة أشبه المال وقال القاضي النكاح لا يثبت إلا بشاهدين والثاني يخرج فيه روايتان ذكرنا وجهها

(مسئلة) (ومن حلف على فعل نفسه أو دعوى عليه في الإثبات حلف على البت) معنى البت القطع أي يحلف بالله ما له علي شيء والإيمان كلها على البت والقطع إلا على نفي فعل الغير فإنها على نفي العلم وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي وقيل الشعبي والنخعي كلها على العلم وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد وذكر حديث البستاني عن القاسم بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ « لا تضطروا الناس في إيمانهم أن يحلفوا على ما لا يعلمون » ولأنه لا يحلف على ما لا علم له به وقال ابن أبي ليلى كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه

ولما حديث ابن عباس أن النبي ﷺ استحلف رجلاً فقال « قل والله الذي لا إله إلا هو ما له عليك حق » وروى الأشعث بن قيس أن رجلاً من كندة ورجلاً من ضرموت اختصما إلى رسول الله ﷺ في أرض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله إن أرضي اغتصبها أبو هذا وهي في يده

«مسئلة» قال (وان كانت شهادتهما بمال غرماء ولم يرجع به على المحكوم له به سواء كان المال قائماً أو ناقصاً)

أما كونه لا يرجع به على المحكوم له به فلا تعلم فيه بين أهل العلم خلافاً سواء ما حكيناه عن سعيد بن المسيب والاوزاعي وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى، فأما الرجوع به على الشاهدين فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم وقال في الجديد لا يرجع عليهما بشيء إلا أن يشهدا بعتق عبد فيضمننا قيمته لأنه لم يوجد منهما إتلاف للدال ولا يد عادية عليه فلم يضمننا كما لو ردت شهادتهما

ولنا أنهما أخرجا ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فليضمنهما الضمان كالوشهدا بعتق ولائهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فاشبه ما لو شهدا بتجربته ولائهما تسبباً إلى إتلاف حقه بشهادتهما بالزور وعليه فليضمنهما الضمان كشاهدي القصاص بمحقق هذا أنه إذا أكرمهما القصاص الذي يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى. وقولهم أنهما ما أتلفا المال يطل بما إذا شهدا بعتقه فإن الرق في الحقيقة لا يزول بشهادة الزور وإنما حالاً بين سيده وبينه وفي موضع إتلاف المال فهما تسبباً إلى تلفه فليضمنهما ضمان ما تلف بسببهما كشاهدي القصاص وشهود الزنا وخافر البئر وناصب السكين

قال «هل لك بينة؟» قل لا ولكن أحلفه: والله ما أعلم أنها أرضي اغتصبنيها أبوه فتبها الكندي لليمين رواه أبو داود ولم يذكر ذلك النبي ﷺ وما ذكره لا يصح لأنه يمكنه الإحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك في فعل غيره فافترقا في اليمين كما لو افرقت الشهادة فأنها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الأملاك والأسباب وعلى نفي العلم فيما لا يمكن الإحاطة بآثاره كالشهادة على أنه لا وارث له إلا فلان وفلان وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفي فعل الغير

إذا ثبت هذا فإنه يحلف فيما عليه على البت نفيًا كان أو اثباتًا، وأما ما يتعلق بفعل غيره فإن كان اثباتًا مثل أن يدعي أنه اقترض أو باع ويقيم شاهداً بذلك فإنه يحلف مع شاهده على البت والقطع، وإن كان على نفي مثل أن يدعي عليه دين أو غصب أو جنابة فإنه يحلف على نفي العلم لا غيره، وإن حلف عليه على البت كفاه وكان التقدير فيه العلم كما في الشاهد إذا شهد بسدد الورثة وقال ليس له وارث غيرهم سمع ذلك وكان التقدير فيه علمه ولو ادعى أن عبده امتدان أو جنى فأنكر ذلك فيمينه على نفي العلم لأنها يمين على فعل الغير فاشبهت يمين الوارث على نفي فعل الموروث (فصل) ذكر ابن أبي موسى أنه اختلف قوله فيمن باع ساعة فظهر المشتري على عيب بها فأنكره البائع هل اليمين على البت أو على علمه؟ على روايتين ولو أبق عبد المشتري فادعى على البائع أنه أبق عنده فأنكر هل يلزمه أن يحلف أنه لم يأبق قط أو على نفي علمه؟ على روايتين إلا أن يكون ولده

(مسئلة) قال (وان كان المحكوم به عبداً أو أمة غرماً قيمته)

أما إذا شهدا بالعبد أو الامة لغير مالكة فالحكم في ذلك كالحكم في الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف فيه لانها من جهة المال وإن شهدا بغيرتهما ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدهما بغير خلاف بينهم فيه فإن الخاف في التي قبلها هو الشافعي وقد وافق هنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه فإن أخرج العبد عن يد سيده بالشهادة بغيرته فأخراجه عنها بالشهادة به لغير مالكة فإذا لزمه الضمان ثم لزمه هنا وغرماً القيمة لأن المبيد من المتقومات لأن ذوات الامثال

(فصل) وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى وبهذا قال ابو حنيفة

وقال الشافعي في أحد قوليه يجب مهر المثل لانهما أتلغا عليه البضع فلزمهما عوضه وهو مهر المثل وفي القول الآخر لزمهما نصف مهر المثل لانه انما ملك نصف البضع بدليل انه انما يجب عليه نصف المهر ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ملو أخرجه من ملكه بردها أو اسلامها أو قتلها نفسها فانها لا تضمن شيئاً، ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من ينسخ به نكاحها لم يفرم شيئاً وانما وجب عليهما نصف المسمى لانهما أزماء للزوج بشهادتهما وقرراه عليه فرجع عليهما كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضاع أو غيره.

فيلزمه ان يحلف أنه لم يبق قط ، ووجه كون اليمين على نفي علمه انها على نفي فعل الغير فاشبه ما لو ادعى عليه ان عبده جنى ، ووجه الاخرى أنه ادعى عليه انه باعه معيماً يستحق رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان اثباتاً

(مسئلة) (ومن توجهت عليه يمين الجماعة فقال احلف يميناً واحدة فرفضوا جاز وان ابوا حلف لكل واحد يميناً)

إذا كان الحق لجماعة فرفضوا يمين واحدة صح وسقطت دعواهم باليمين، لانها حقهم ولانه لما جاز ثبوت الحق بينة واحدة لجماعة جاز سقوطه يمين واحدة قل القاضي : ويحتمل ان لا يصح حتى يحلف لكل واحد يميناً وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان اليمين حجة في حق الواحد فإذا رضي بها اثنان عارت الحجة في حق كل واحد منهما فاقصة لا يعمل برضى الخصم كما لو رضي ان يحكم عليه بشاهد واحد والصحيح الاول لان الحق لها فإذا رضي به جاز ولا يلزم من رضاها يمين واحدة ان يكون لكل واحد بعض اليمين كما ان الحقوق اذا قامت بها يمين واحدة لا تكون لكل حق بعض اليمين فاما ان حلفه الحاكم لجميعهم يميناً واحدة فخطأ أهل عصره^(١)

(١) كذا بالأصل

(فصل) قال (الشيخ رحمه الله واليمين المشروعة هي اليمين بالله تعالى اسمه في قول عامة

وقوله انه ملك نصف البضع غير صحيح فان البضع لا يجوز تملك نصفه ولان العقد ورد على جميعه والصدائق واجب جميعه ولهذا تملك المرأة اذا قبضته وتماؤه لها وتملك طلبه اذا لم تقبضه وانما يسقط نصفه بالطلاق ، وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول فلان ضمان عليهما وبه قال ابو حنيفة وعن احمد رواية أخرى عليهما ضمان المسمى في الصدائق لانهما فوتتا عليه نكاحا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ماوجب به كما لو شهدا بذلك قبل الدخول

وقال الشافعي يلزمهما مهر المثل لانهما أنلنا البضع عليه وقد سبق الكلام معه في هذا ولا يصح اتقياس على ما قبل الدخول لانهما قررا عليه نصف المسمى وكان بمرض السقوط وههنا قد تقرر المهر كانه بالدخول فلم يقررا عليه شيئا ولم يخرجوا من ملكه متقوما فأشبهه ما لو أخرجاه من ملكه بقتلها او أخرجه هي بردها

(فصل) وان شهدا على امرأة بنكاح فحكم به الحاكم ثم رجعا نظرت فان طلقها الزوج قبل دخوله بها لم يفرما شيئا لانهما لم يفوتا عليهما شيئا وان دخل بها وكان الصدائق المسمى بقدر مهر المثل او أكثر منه ووصل اليها فلا شيء عليهما لانها اخذت عوض ما فوتاه عليها وان كان دونه فعليهما ما بينهما وان لم يصل اليهما فعليهما ضمان مهر مثاها لانه عوض ما فوتاه عليها

(فصل) وان شهدا بكتابة عبده ثم رجعا نظرت فان عجز ورد في الرق فلا شيء عليهما فان ادى وعتق فعليهما ضمان جميعه لانهما فوتاه عليه بشهادتهما ويحتمل ان يلزمهما ما بين قيمته وما

أهل العلم إلا ان مالكا أحب بالله الذي لا اله الا هو وان استحلف حاكم بالله أجرا قال ابن المنذر وهذا أحب إلي لان ابن عباس روى ان رسول الله ﷺ استحلف وجلا فقال «قل والله الذي لا اله الا هو ماله عندك شيء» راوه أبو داود وفي حديث عمر حين حلف لابي قل والله الذي لا اله الا هو ان النخل لتخلي ومالابي فيها شيء وقال الشافعي ان كان المدعى قصاصا أو عقاقا أو حدا أو مالا يبلغ نصابا غلظت اليمين خلف بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وقال في القسامة عالم خائنة الاعين وما تخفي الصدور وهذا اختيار أبي الخطاب وذكر القاضي ان هذا في ايمان القسامة خاصة وليس بشرط

ولنا قول الله تعالى (فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشتري به ثمنا ولو كان ذا قربى) وقال تعالى (فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقال تعالى في اللعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) وقال سبحانه (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) قال بعض المفسرين من أقسم بالله فقد أقسم بالله جهد اليمين واستحلف النبي ﷺ ركانة بن عبد يزيد في الطلاق فقال «آله ما أردت الا واحدة» وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بتمت ومابه داء تعلمه ولان فيه كفاية فوجب ان يكتفى باسمه في اليمين كما لمواضع التي سلوها فما حديث ابن عباس وابن عمر فانه يدل على جواز الاستحلاف لذلك وما ذكرناه يدل على

قبضه من كتابته والاول اولى لان ما قبضه من كسب عبده فلا يحسب عليه وان اراد تفرغها بشهادتهما ويحتمل أن يلزمها قبل انكشاف الحل فينبغي أن يفرمها ما بين قيمته سليما ومكاتبها وان شهدا باستيلاد أمته ثم رجعا فينبغي أن يرجع عليهما بما تقتضيه الشهادة من قيمتها وان عتقت بموته رجح الورثة بما بقي من قيمتها

(فصل) وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع وجب ان يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا قال احمد في رواية اسحاق بن منصور إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد اتلف مالا فانه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة فان كانوا اثنين فعليه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر وسواء رجع وحده أو رجعوا جميعا وسواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة أو من ليس بزائد فلو شهد أربعة بالقصاص فرجع واحد منهم وقال عمدنا قتله فعليه القصاص وإن قل أخطأنا فعليه ربع الدية وإن رجع اثنان فعليه القصاص أو نصف الدية وإن شهد ستة بالزنا على محصن فرجع بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص أو سدس الدية وإن رجع اثنان فعليه القصاص أو ثلث الدية وبهذا قال أبو عبيد، وقال أبو حنيفة إن رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما لان بينة الزنا قائمة قدمه غير محقون وإن رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وإن رجع أربعة فعليهم نصف الدية وإن رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها وإن رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كذهب ابي حنيفة واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال

الاكتفاء ببسم الله وحده وما ذكره "الباقون يحكم لانص فيه ولا قياس يقتضيه إذا ثبت هذا فان اليمين في حق المسلم والكافر جميعا بالله تعالى لا يحلف أحد بخبره لقول الله تعالى (فيقسمان بالله) ولقول النبي ﷺ من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت

(مسئلة) (وان رأى الحاكم تنايظها بلفظ أوزمن أو مكان جاز)

ففي اللفظ يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع الذي ينلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور واليهودي والله الذي انزل التوراة على موسى وفاق له البحر وانجياه من فرعون وملائه والنصراني يقول والله الذي انزل الانجيل على عيسى وجعله يحيى الموتى ويبرئ الكه والابرص والمجوسي يقول والله الذي خلقني وصورني ورزقني، والزمان يحافظه بمد المصير وبين الاذنين والسكان يملفه بمكة بين الركن والقام وفي الصخرة بيت المقدس وفي سائر البلدان عند المنبر ويحلف أهل الذمة في المواضع التي يظلمونها وهذا الذي ذكره شيخنا اختيار أبي الخطاب قال وقد أومأ اليه أحمد في رواية البيهقي وذكر التنايظ في حق المجوسي قال قل والله الذي خلقني ورزقني وان كان وثنيًا حلفه بالله وحده وكذلك ان كان لا يعبد الله لانه لا يجوز الحلف بخبر الله تعالى لقول رسول الله ﷺ «من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت» ولان

أبو اسحاق لا قصاص عليه لان بيعة القصاص قائمة وهل يجب عليه ثلث الدية ؟ على وجهين وقال ابن الحداد عليه القصاص وفرق بينه وبين الرابع من شهود الزنا إذا كان زائداً فإن دم الشهود عليه بائناً غير محقون وهذا دمه محقون وإنما أبيح دمه لولي القصاص وحده ، واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين (أحدهما) يضمن الثلث (والثاني) لا شيء عليه

ولنا أن الاتلاف حصل بشهادتهم فلراجع مقر بالمشاركة فيه عدداً عدواناً لمن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ولأنه أحد من قتل الشهود عليه بشهادته فأشبهه الثاني من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ولأنه أحد من حصل الاتلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع ولأن ما تضمنه كل واحد مع اتفاقهم على الرجوع يضمنه إذا انفرد بالرجوع كما لو كانوا أربعة ، وقولهم إن دمه غير محقون غير صحيح فإن الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم بوصف بمقتن ولا عدمه وقيام الشهادة لا يمنع وجوب انقصاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق انقصاص فاستوفاه ثم أقر بأنه قتله ظلماً وأن الشهود شهدوا بالزور ، والتفريق بين القصاص والرجم يكون دم القاتل غير محقون لا يصح لانه غير محقون بالنسبة إلى من قتله ولأن كل واحد مؤاخذ باقراره ولا يعتبر قول شريكه ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدهما وقتل الآخر أخطأنا وجب القصاص على المقر بالعمد

(فصل) وإذا حكم الحاكم في المال بشهادة رجل وامرأتين ثم رجعوا عن الشهادة توزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربعه، وإن رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته، وإن كان الشهود رجلاً وعشرة نسوة فرجعوا فعلى الرجل السدس وعلى كل امرأة نصف السدس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لأن كل امرأتين كرجل فالعشر كخمسة رجال ويحتمل أن يجب عليهم النصف وعلى الرجل النصف وهذا قول أبو يوسف ومحمد لأن الرجل نصف البيعة بدليل أنه لو رجع وحده

هذا أن لم يكن يعد هذه يميناً فإنما يزداد بها اثماً وعتوبة وربما عجلت عقوبته فيتعط بذلك ويعتبر به غيره وهذا كله ليس بشرط في اليمين وإنما للحاكم فعله إذا رأى، وظاهر كلام الحرقي أن اليمين لا تغلظ إلا في حق أهل الذمة ولا تغلظ في حق المسلم وبه قال أبو بكر وذلك لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ يعني «لليهود نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى؟» رواه أبو داود وكذلك قال الحرقي تغلظ في المسكن فيخلف في المواضع التي يعظمونها ويتوقى السكن فيها ولم يذكر التغلظ بالزمان، ومن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مسروق وأبو عبيدة بن عبد الله وعطاء وشرح والحسن وإبراهيم وكعب بن سور ومالك والشافعي وأبو عبيد ومن قال لا يشرع التغلظ بالزمان والمسكن في حق مسلم أبو حنيفة وصاحبه وقال مالك والشافعي تغلظ ثم اختلفا فقل مالك يحلف في المدينة على منبر رسول الله ﷺ ويحلف قائماً ولا (الجزء الثاني عشر) (١٩) (المفتي والشرح الكبير)

قبل الحكم كان كرجوعهم كلهم فيكون الرجل حزبا والنساء حزبا، فإن رجع بعض النسوة وحده أو الرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع وعند أبي حنيفة وأصحابه متى رجع من النسوة ما زاد على اثنين فليس على الراجعات شيء وقد مضى الكلام معهم في هذا (فصل) وإذا شهد أربعة بأربعائة فحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن أربعائة فعلى كل واحد ما رجع عنه بقسطه فعلى الأول خمسة وعشرون وعلى الثاني خسون وعلى الثالث خمسة وسبعون وعلى الرابع مائة لأن كل واحد منهم مقر بأنه قوت على الشهود عليه ربع ما رجع عنه ويقتضي مذهب أبي حنيفة أن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والأربعائة أكثر من خمسين وخمسين لأن المائتين لا تلزم الراجع عن الثلاثمائة لأن المائتين التي رجعا عنها قد بقي بها شاهدان

(فصل) وإذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم رجعا عن الشهادة فالضمان على جميعهم، وقال أبو حنيفة لا ضمان على شهود الاحصان لأنهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل وإنما يثبت ذلك بشهادة الزنا ولاصحاب الشافعي وجهان كاللنهيين ولنا أن قتله حصل بمجموع الشهادتين فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعهم بالزنا وفي كيفية الضمان وجهان

(أحدهما) يوزع عليهم على عدد رؤسهم كشهود الزنا لأن القتل حصل من جميعهم (والثاني) على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لأنهم حزبان فكل حزب نصف، فإن شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالاحصان ثم رجعا فعلى الوجه الأول على شاهدي الاحصان الثلثان وعلى الآخرين الثلث لأن على شاهدي الاحصان الثلث لشهادتهما به والثلث لشهادتهما بالزنا وعلى الآخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده وعلى الوجه الثاني على شهود الاحصان ثلاثة أرباع الدية لأن عليهما النصف لشهادتهما بالاحصان ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا ويحتمل أن لا يجب على شاهدي الاحصان إلا النصف لأن كل واحد

يحلف قائما على المنبر رسول الله ﷺ ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ولا يحلف عند المنبر الأعلى ما يقطع فيه السارق فصاعدا وهو ثلاثة دراهم وقال الشافعي يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة وفي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر وعند الصخرة ببيت المقدس وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر على نحو ما ذكرناه في صدر المسئلة ولا تغلظ في المال إلا في نصاب فصاعدا وتغلظ في الطلاق والعناق والحد والقصاص وقال ابن حزم تغلظ بالقليل والكثير واحتجوا بقول النبي ﷺ « من حلف على منبري هذا يمين آئمة فليتبوأ مقعده من النار » ثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين، وروى مالك قول اخنعم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما إلى مروان بن الحكم فقال زيد أحلف له مكاني فقال مروان لا

منهما جني جنايتين وجو كل واحد من الآخرين جناية واحدة فكانت الدية بينهم على عدد رؤوسهم لاعلى عدد جنائياتهم كما لو قتل اثنان واحداً جرحه أحدهما جرحاً ولا آخر جرحين (فصل) وإذا شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة ذرم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا السيد على الشاهدين بمائة لأنها تمام القيمة وكذلك لو شهدا على رجل أنه طلق زوجته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرماً للزوج مائة لأنهما فوتاهما بشهادتهما المرجوع عنها

(فصل) وإذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصدق ذكره وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعا بعد الحكم عليه بصدقاها فعلى شهود النكاح الغمان لأنهم أزموه المسمى ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف لأنهما قرراها وشاهدا النكاح أوجباه قسم بين الأربعة أرباعاً وإن شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمها شيء لأنهما لم يفوتا عليه شيئاً يدعيه ولا أوجبا عليه ما لم يكن عليه واجباً

(فصل) وإن شهد شاهداً فرع على شاهدي أصل فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا شاهدا الفرع فليهما الضمان لأعلم بينهم في ذلك خلافاً، وإن رجعا شاهدا الأصل وحدهما لزمهما الضمان أيضاً وبه قول الشافعي ومحمد بن الحسن

وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنه لا ضمان عليهما وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الحكم يتعلق بشهادة شاهدي الفرع بدليل أنهما جعلا شهادة شاهدي الأصل شهادة فلم يلزم شاهدي الأصل ضمان لعدم

والله إلا عند منقطع الحقوق قل فجعل زيد يحلف أن حقه لحق وبأبي أن يحلف عند النبر فجعل مروان يعجب.

ولنا قول الله تعالى (فأخراهم يقومون مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما ولم يذكر مكانا ولا زمانا ولا زيادة في اللفظ، واستحلف النبي ﷺ ركناً في الطلاق فقال «آلله ما أردت إلا واحدة» قال آلله ما أردت إلا واحدة ولم يلفظ بمينه بزم ولا مكان ولا زيادة لفظ، وحلف عمر لابي حين تحاكم الى زيد في مكانه وكانا في بيت زيد وقال عثمان لابن عمر يحلف بالله لقد بعتك وما به داء تعله وفيما ذكروه من التعليل تقييد لهذه النصوص ومخالفة للاجماع فإن ما ذكر عن الخليليين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو في الشهرة فكان إجماعاً وقوله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة) إنما كان في حق أهل الكتاب والوصية في السفر وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع، منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين، ومنها استحلاف الشاهدين، ومنها استحلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الاتم وهم لا يعلمون بها أصلاً فكيف

تفاق الحكم بشهادتهما . ولنا أن الحق ثبت بشهادة شاهدي الأصل بدليل اعتبار عدالتهما فإذا رجعا
ضدنا كشاهدي الفرع

(فصل) وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين فرجع الشاهد غرم جميع المال نص عليه أحد في رواية
جماعة ، وقال مالك والشافعي : يلزمه النصف لأنه أحد حجتي الدعوى فكان عليه النصف
كما لو كانا شاهدين

ولنا أن الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه كالشاهدين . يحققة أن اليمين قول الخصم وقول
الخصم ليس بحجة على خصمه وإنما هو شرط الحكم فجرى مجرى مطالبته الحاكم بالحكم وبهذا ينفصل
عما ذكرودولو سلمنا أنها حجة لكن إنما جماعها حجة شهادة الشاهد ولهذا لم يجوز تقديمها على شهادته
بخلاف شهادة الشاهد الآخر ، قل أبو الخطاب ويخرج أن لا يلزمه إلا النصف المحكوم به إذا
قلنا ترد اليمين على المدعي

(فصل) وإذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم وقولوا عدنا ووجب ليمين اتصا ص لم يعزروا لأن
القصاص يعني عن تعزيرهم ، وإن كان في مال عزروا وغرموا لأنهم جنوا جنابة كبيرة وارتكبوا
جريمة عظيمة وهي شهادة الزور ويحتمل أن لا يعزروا لأن رجوعهم توبة منهم فيسقط عنهم التعزير
ولأن شرعية تعزيرهم تمنعهم الرجوع ، خوفاً منه فلا يشترع ، وإن قولوا أخطأنا لم يعزروا لأن الله تعالى
قال (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق
في الخطأ وإن لم يحتمله عزروا ولم يقبل قولهم

يحتجون بها ؟ ولما ذكر إيمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيد بها والاحتجاج بهذا أولى من التصير
إلى ما خولف فيه أقيس وترك العدل به . وأما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند
المنبر وإنما فيه دليل على تغليب الانتم على المالف . وأما قضية مروان فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم
إلى قول مروان في قضية خالفه زيد فيها وقول زيد فقيه الصحابة وقادتهم وأعرضهم أحق أن يحتج
به من قول مروان الذي لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز مع مخالفة إجماع الصحابة وقول
أئمتهم وفقهائهم ومخالفة فعل النبي ﷺ وإطلاق كتاب الله سبحانه وتعالى ؟ فهذا مما لا يجوز وإنما
ذكر الخرق في التغليب بالمكان واللفظ في حق الآدمي لاستحلاف النبي ﷺ بالود بقوله « نشدتكم
بالله الذي أنزل التوراة على موسى » وروى عن كعب بن سور في النصراي قل : اذهبوا به إلى المذبح
واجعلوا الأنجيل في حجره وانتورا على رأسه ، وقال الشعبي في نصراي : اذهب إلى البيعة فاستحلفه
بما يستحلف به مثله .

وقل ابن المنذر لا أعلم حجة توجب أن يستحلف في مكان بعينه ولا يميناً يستحلف بها غير التي
يستحلف بها المسلمون ، وفي الجملة لا خلاف بين المسلمين في أن التغليب بالمكان والزمان والالفاظ غير

(مسئلة) قال (واذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ثم إنهما كافران أو فاسقان كانت دية اليد في بيت المال)

وجعلته أن الحاكم إذا حكم بشهادة اثنين في قطع أو قتل وأنفذ ذلك ثم إنهما كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاهدين لانهما مقيمان على أنها صادقان فيما شهدا به وإنما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة فانهما اعترفا بكذبهما ويجب الضمان على الحاكم أو الامام الذي تولى ذلك لانه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لانه مخطيء وتجب الدية وفي عملها روايتان

(احداهما) في بيت المال لانه نائب للمسلمين ووكيلهم وخطأ الوكيل في حق موكله عليه ولان خطأ الحاكم يكثر لكثرة تصرفاته وحكماته فإيجاب ضمان ما يخطئ فيه على عاقلته إجحاف بهم فقتضى ذلك التخفيف عنه بجعله في بيت المال ولهذا المعنى حملت المأقلة دية الخطأ عن القاتل

(والرواية الثانية) هي على عاقلته مخففة مؤجلة لما روي ان امرأة ذكرت عند عمر بسوء فارسل اليها فاجهضت ذابطها فبلغ ذلك عمر فشاور الصحابة فقال بعضهم لاشيء عليك انما انت مؤدب وقال علي بن ابي طالب لعلك لا تبرح حتى تقسمها على قومك يعني قريشا لانهم عاقبة عمر ولو كانت في بيت المال لم يقتصمها على قومها ولانه من خطائه فتحملة عاقلته كخطائه في غير الحكومة والشافعي قولان كالروايتين فذا قلنا ان الدية على عاقبة لم تحمل إلا الثلث فصاعدا ولا تحمل الكفارة لان المأقلة لا تحمل الكفارة في عمل الوفاق كذا هيئا وتكون الكفارة في ماله وإذا قلنا انه في بيت المال فينبغي أن يكون فيه القليل والكثير لان جملة في بيت المال لعله ان نائب عنهم وخطأ النائب على مستنبيا وهذا يدخل

واجب ألا أن ابن الصباغ ذكر في وجوب التعليل بالمكان قولين للشافعي وخالف ابن اناص قال لا خلاف بين أهل العلم أن اتعاضحي حيث استخلف الذرعى عليه في عمله وبأد قضائه جاز وانما التعليل بالممكن اختيار منه فيكون التعليل عند من رأى اختياراً واستحباً .

(فصل) قال ابن النذر ولم أجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف وقال الشافعي رأيتهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنعاء يلفظ اليمين بالمصحف قال أصحابه فيعاط عليه باحضار المصحف لأنه شتم على كلام الله وأسمائه وهذه زيادة على ما أمر به رسول الله ﷺ في اليمين وعلى ما فعله الخلفاء وقضاتهم من غير دليل ولا حجة يستند إليها لا يترك فعل رسول الله ﷺ وفعل أصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره

(مسئلة) (ولا تلفظ اليمين الا فيما له خوار كالجبايات والعتاق والطلاق وما تجب فيه الزكاة من المال عند من يرى التعليل)

يكثر خطؤه فجعل الضمان في ماله يمحف به وان قل لكثرة تكرره وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من تولاه قال أصحابنا وان كان الولي استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم لان الحاكم سلطه على ذلك ومكنه منه والولي يدعي أنه حقه ، فان قيل فاذا كان الولي استوفى حقه فينبغي ان يكون الضمان عليه كالموكل حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق شهوده كان الضمان على المستوفي دون الحاكم كذا ههنا قلنا ثم حصل في يد المستوفي مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه إن أتلّف وههنا لم يحصل في يده شيء وانما أتلّف شيئاً بخطأ الامام وتسليطه عليه فأفترقا

(فصل) وان شهد بالزنا أربعة فزكاهم اثنان فرجم الشهود عليه ثم بان ان الشهود فسقة أو عبيد أو بعضهم فلا ضمان على الشهود لانهم يزعمون أنهم محقون ولم يلم كذبهم قبينا والضمان على الزكّين وبهنا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال القاضي الضمان على الحاكم لانه حكم بقتله من غير تحقق شرطه ولا ضمان على الزكّين لان شهادتهما شرط وليست الموجبة وقال أبو الخطاب في ردّ وس المسائل الضمان على الشهود الذين شهدوا بالزنا ولنا ان الزكّين شهدوا بالزور شهادة أفضت الى قتله فلزمهما الضمان كشهود الزنا اذا رجعوا ولا ضمان على الحاكم لانه أمكن احالة الضمان على الشهود فاشبه ما اذا رجعوا عن الشهادة وقوله ان شهادتهم شرط لا يصح لان من أصابنا ان شهود الاحصان يلزمهم الضمان وان لم يشهدوا بالسبب وقد نص عليه أحمد وقول أبي الخطاب لا يصح لان شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف الزكّين فانه تبين كذبهم وأنهم شهدوا بالزور ، وأما ان تبين فسق الزكّين فالضمان على الحاكم لان التفريط منه حيث قبل شهادة فسق من غير تزكية ولا بحث فيلزمه الضمان كالموكل قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين فسقهم

(فصل) ولو جلد الامام إنسانا بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد فعلى الامام ضمان ما حصل من أثر الضرب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه

وقيل ما يقطع فيه السارق روي ذلك عن مالك لان انتفايط زيادة على اليمين التي ورد الشرع بوجوبها فلا يجب الا زيادة على مطلق الحق وترك التخليط أولى على ما اختاره شيخنا ودل عليه الا في موضع ورد الشرع به وصح كتخليط رسول الله ﷺ اليهود بقوله « نذرتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى » ونحوه

﴿مسئلة﴾ (وان رأى الحاكم ترك انتفايط فتركه كان مصيبا)

لمواقفة مطلق النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ولكن اليمين على المدعى عليه »

(فصل) ومن توجهت عليه يمين وهو فيها صادق او توجهت له أبيع له الحلف ولا شيء عليه من اثم ولا غيره لان الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرما وقد أمر الله سبحانه نبيه عليه الصلاة والسلام أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من كتابه منها قوله تعالى (زعم الذين كفروا أن لن

ولنا أنها جناية صدرت عن خطأ الإمام فكانت مضمونة عليه كالمو قتلته أو قتله
(فصل) ولو حكم الحاكم بحال بشهادة شاهدين ثم بان أنها فاسقان أو كافران فإن الإمام ينقض
حكمه ويرد المال إن كان قائماً وعوضه إن كان تالفاً فإن تمذر ذلك لاعساره أو غيره فملى الحاكم
ضمانه ثم يرجع على الشهود له، وعن أحمد رواية أخرى لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ويغرم الشهود
النال وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان ن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين فغير روايتان لا يغرم
الشهود النال وكذلك الحاكم إذا شهد واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضاً ولا خلاف بين الجميع في أنه
ينقض حكمه إذا كانا كافرين وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين فقيس على ذلك
ما إذا حكم بشهادة فاسقين فإن شهادة الفاسقين مجمع على ردها وقد نص الله تعالى على التبين فيها
فقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فبينوا) وأمر بالشهاد المدول وقال (واشهدوا
ذوي عدل منكم) واعتبر الرضا بالشهداء فقل تعالى (ممن ترضون من الشهداء) فيجب تقضى الحكم
لفوات العدالة كما يجب تقضه لفوات الاسلام ولأن الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم
منه فإذا شهد شاهدان أنه كان موجوداً حالة الحكم وجب تقضى الحكم كالكفر والرق في العقوبات
إذا ثبت هذا فإن أبا حنيفة قال لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين لا قبل الحكم ولا بعده ،
ومتى جرح الشهود عليه البيعة لم تسمع بيته بالفسق ولكن يسأل عن الشاهدين ولا تسمع على الفسق
شهادة لأن الفسق لا يتعلق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبيعة

ولنا أنه معنى يتعلق بالحكم به فسمعت فيه الدعوى والبيعة كالتزكية وقوله لا يتعلق به حق أحد
ممنوع فإن الشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم وتقضيه بعده وتبرئته من
أخذ ماله أو عقوبته بغير حق فوجب أن تسمع فيه الدعوى والبيعة كما لو ادعى رق الشاهدين ولم بدعه
لنفسه ولأنه إذا لم تسمع البيعة الفسق أدى إلى ظلم الشهود عليه لأنه يمكن أن لا يعرف فسق الشاهدين

يبيعوا قل بلى وربى لتبعن) « وحلف عمر لابن على فخل ثم وهبه إياه وقال خفت أن لم أحلف أن
يمنع الناس من الحلف على حقوقهم فيصير سنة قال حنبل بلى أبو عبد الله يمثل هذا جاء إليه ابن عمه
فقال لي قبلك حق من ميراث أبي وأطالبك بالقاضي وأحلفك قليل لابن عبد الله ماترى؟ قال أحلف
له، إذا لم يكن له في قبلي حق وأنا غير شاك في ذلك حلفت له وكيف لا أحلف وابن عمر قد حلف
وأنا من أنا؟ وعزم أبو عبد الله على اليمين فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المعاملة واختلف
في الأولى فقال قوم الحلف أولى من افتداء يمينه لأن عمر حلف ولأن في الحلف فئدتين (أحداها)
حفظ ماله عن الضياع وقد نعى النبي ﷺ عن اضاعته (والثانية) تخليص أخيه الظالم من مظلمته
وأكل المال بغير حقه وهذا من نصحه ونصرت به كفه عن ظلمه وقد أشار النبي ﷺ على رجل أن
يحلف ويأخذ حقه وقال أصحابنا الأفضل افتداء يمينه فإن عثمان افتدى يمينه وقال خفت أن يصادق
قدراً فيقال حلف وعوقب ، أو هذا شؤم يمينه. وروى الحلال بإسناده أن حذيفة عرف رجلاً سرق

الا شهود المشهود عليه فاذا لم تسمع شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالماً له ، فاما ان قامت اليينة أنه حكم بشهادة والدين أو ولدين أو عدوين نظر في الحاكم لذي حكم بشهادتهما إن كان ممن يرى الحكم به لم يتغير حكمه ، لانه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخلف نصاً ولا اجماعاً ، وإن كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لان الحاكم به يعتقد بطلاناً والفرق بين المال والاتلاف ان المال إن كان باقياً وجب رده إلى صاحبه لان كل واحد أحق بماله ، وإن كان تالفاً وجب ضمانه على آخذه لانه أخذه بغير اذن صاحبه ولا استمعة لاخذه ، أما الاتلاف فانه لم يحصل به في يد التالف شيء برده ولم يمكن تضمينه لانه إنما ألتفه بحكم الحاكم وتسليطه عليه وهو لا يقر بمدوانه بل يقول استوفيت حقي ولم يثبت خلاف دعواه ولم يكن تضمين الشهود لانهم يقولون شهدنا بماعلمنا وأخبرنا بمارأينا وسعدنا ولم نكتب شهادة الله تعالى التي لا زمنة لها وأنها لا تثبت كذبهم فوجب احالة الضمان على الحاكم لانه حكم من غير وجود شرط الحكم ويمكن من اتلاف المصوم من غير بحث عن عدالة الشهود وكان انفرط منه فوجب احالة الضمان عليه .

(مسئلة) قال (واذا ادعى العبد ان سيده ، اعتقه حلف مع شاهده وصار حراً)

روي عن أحمد في هذا روايتان (إحداهما) ان المتق ثبت بشاهد وعين وهو اختيار أبي بكر لانه إزالة ملك فيثبت بشاهد وعين كالبيع والهبة ولانه اتلاف للمال فيقبل فيه شاهد وعين كالاتلاف بالفضل وإفضاؤه إلى تكيل الاحكام لا يمنع ثبوته بشاهد وعين بدليل ان الولادة تثبت بشهادة النساء وينبغي عليها النسب التي لا يثبت بشهادتهن (والرواية الثانية) لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين لانها ليست بمال ولا المقصود منها المال ويطلع عليها الرجل في غالب الاحوال فأشبهت الحدود والقصاص والله أعلم

له فحاصم الى قاضي المسلمين فصارت اليمين على حذيفة فقال لك عشرة دراهم فأبى فقال لك عشرون فأبى فقال لك ثلاثون فأبى فقال لك أربعون فأبى فقال حذيفة أتراني أترك جملي ؟ فحلف بالله انه ما باع ولا وهب ، ولان في اليمين عند الحاكم تبذلاً ولا يأمن أن يصادف قدراً فينسب الى الكذب وانه عوقب بحلفه كاذباً وفي ذهاب ماله أجره ليس هذا تضيقاً للمال فان أخاه السلم ينتفع به في الدنيا ويفرغه له في الآخرة ، وأما عمر فانه خاف الاستئنان به وترك الناس الحلف على حقوقهم فيدل على أنه لولا ذلك لما حلف قال شيخنا وهذا أولى والله تعالى أعلم

(فصل) والحلف الكذب ليقطع به مال أخيه فيه اثم كبير وقيل انه من الكبائر لان الله تعالى وعد عليه العذاب الاليم فقال سبحانه (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم انقيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب اليم) وروى ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين صبر يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لعني الله وهو عليه غضبان » متفق عليه وقد روي في حديث أن يمين الفحوس تدع الدابر بلاقع .

« مسئلة » قال (ومن شهد بشهادة زور أدب وأقيم للناس في المواضع التي يشتهر انه شاهد زور اذا تحقق تصدده لذلك)

وجلة ذلك ان شهادة الزور من أكبر الكبائر قد نهي الله عنها في كتابه مع نهيهِ عن الاوثان فقال تعالى (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) وقد روي عن خريم بن قاتك ان النبي ﷺ قال « عدت شهادة الزور الاشر الك بالله » ثلاث مرات، ثم تلى قوله تعالى (اجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) « رواه أبو داود، وروي هذا عن ابن مسعود من قوله وروي عن النبي ﷺ انه قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قلنا بلى يا رسول الله، قال « الاشر الك بالله وعقوق الوالدين » وكان متكئاً فجلس فقال « ألا وقول الزور وشهادة الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه . وروي أبو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه قال « شاهد الزور لا تنزل قدمه حتى تجب له النار » فتى ثبت عند الحاكم عن رجل انه شهد بزور عمداً عزره وشهره في قول أكثر أهل العلم، روي ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه يقول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والاوزاعي وابن أبي ليل ومالك والشافعي وعبد الملك بن يمان وقاضي البصرة وقال أبو حنيفة لا يميز ولا يشهر لانه قول منكر وزور فلا يميز به كالظهار وروي عنه الطحاوي انه يشهر وأنكره المتأخرون .

ولما انه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله كالسب والقذف وبخلاف الظاهر من وجهين (أحدهما) انه يختم بضرره (والثاني) انه أوجب كذارة شاقة هي أشد من التعزير ولانه قول عمر رضي الله عنه ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً . واذا ثبت هذا فن تأديبه غير مقدور

(فصل) ومن ادعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له ان يحلف انه لاحق له علي وبهذا قال المازني وقال أبو ثور له ذلك لان الله تعالى قال (وإن كانوا ذوعسرة فظفرة إلى ميسرة) ولأنه لا يستحق مدالبته في الحال ولا يجب عليه ادائه اليه . ولنا أن الدين في ذمة، وهو حق له عليه ولو لم يكن عليه حق لم يجز انظاره به

(فصل) ويمين الخالف على حسب جوابه فاذا ادعى عليه انه غصبه أو استودعه أو اقترض منه نظرنا في جواب المدعى عليه فان قل ما غصبتك ولا استودعني ولا أقرضني كاف ان يحلف على ذلك ، وإن قال مالك علي شيء أو لا تستحق علي شيئاً أو لا تستحق علي ما ادعيت ولا شيئاً منه كان جواباً صحيحاً ولا يكلف الجواب عن النصب والوديعة والقرض لانه يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه فلو كلف جحد ذلك كان كاذباً ، وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه فاذا طلبت منه اليمين حلف (المفتي والشرح الكبير) (٢٠) (الجزء الثاني عشر)

واتما هو مفوض الى رأي الحاكم إن رأى ذلك بالجلد جلدته وإن رآه بحبس أو كشف رأسه وإهانتة
وتوبيخه فعل ذلك ولا يزيد في جلدته على عشر جلدات وقال الشافعي لا يزيد على تسع وثلاثين لثلاث
يبلغ به أدنى الحدود وقال ابن أبي ليلى بجلد خمسة وسبعين سوطا وهو أخذ قول أبي يوسف، وقول
الأوزاعي في شاهدي الطلاق : بجلد إن مائة مائة ويزنمان الصداق

ولنا قول النبي ﷺ « لا بجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله تعالى » متفق عليه
وقال أقاسم وسالم يخفون سبع خفقات ، وقال شريح بجلد أسواط فأما شهرته بين الناس فانه يوقف
في سوق إن كان من أهل السوق أو قبيلته إن كان من أهل القبائل أو في مسجده إن كان من أهل
المسجد ويقول الموكل به إن الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فاعرفوه وهذا مذهب
الشافعي وأبي الوليد بن عبد الملك بشاهد الزور فأمر بقطع لسانه وعنده أقاسم وسالم فقالا سبحان
الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعد المصير فيقال هذا أبو قيس وجدناه شاهد زور ففعل ذلك
به ولا يسخم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادي على نفسه وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه
بجلد أربعين جلدة ويسخم وجهه ويغالب حبه رواه الامام أحمد ، وقال سوار يلبس ويدار به على
خلق المسجد فيقول من رأي فلا يشهد بزور ، وروي عن عبد الملك بن بلي قضي البصرة انه أمر
بخلق نصف رهوسهم وتسخيم وجوههم ويغالف بهم في الأسواق والذي شهدوا له معهم

ولنا إن هذا مثله وقد نهى النبي ﷺ عن اثمة وما روي عن عمر فقد روي عنه خلافه وانه حبه
يوما وخلق سبيله، وفي الجملة ليس في هذا تقدير شرعي فافعل إذا لم يبرأ ما لم يخرج إلى مخالفة نص أو معنى نص
فلهذا ولا يفعل به شيء من ذلك حتى يحقق نه شاهد زور ومثله ذلك إما باقراره أو يشهد على رجل بفعل
في الشام في وقت ويعلم ان الشاهد عليه في ذلك الوقت في العراق أو يشهد بقتل رجل وهو حي أو
ان هذه البهيمة في يد هذا منذ ثلاثة اعوام وسنها اقل من ذلك أو يشهد على رجل انه قتل شيئا في
وقت وقد مات قبل ذلك الوقت ولم يولد إلا بدمه وأشباه هذا مما يتيقن به كذبه ويعلم تعمدته لذلك
فأما تمارض البيتين أو ظهور فسقه أو غلظه في شهادته فلا يؤدب به لأن الفسق لا يمنع الصدق والتمارض
لا يعلم به كذب إحدى البيتين بعينها والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتممه فيعفى عنه ، وقد
قل الله تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) وقول النبي ﷺ « عني
لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

(فصل) ومتى علم ان الشاهدين شهدا بالزور تبين ان الحكم كان باطلا ولزم نقضه لأننا تبينا
كذبهما فيما شهدا به وبطلان ما حكم به فن كان المحكوم به مالا رد إلى صاحبه ، وان كان إتلافا

على حسب ما أجاب ولو ادعى أنني ابتعتك الدار التي في يدك فانكره ومطلب يمينه فان كان أجاب
بانك لا تستحقها حلف على ذلك

فعلى الشاهدين ضمانه لانها سبب إتلافه إلا ان يثبت ذلك باقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعاً منهما عن شهادتهما وقد بينا حكم ذلك

(فصل) فإذا تاب شاهد الزور وأنت على ذلك مدة تظهر فيها توبته وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور . وقال مالك لا تقبل شهادته ابداً لأن ذلك لا يؤمن منه ولنا انه تأنب من ذنبه قبلت توبته كسائر التائبين . وقوله لا يؤمن منه ذلك . قلنا مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة بدليل سائر التائبين فانه لا يؤمن منهم معاودة ذنوبهم ولا غيرها وشهادتهم مقبولة والله أعلم

مسئلة قال (وإذا غير العدل شهادته بحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت

منه ما لم يحكم بشهادته)

وهذا مثل ان يشهد بمائة ثم يقول هي مائة وخمسون أو يقول بل هي تسعون فانه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به أخيراً وبهذا قال أبو حنيفة والثوري وسليمان بن حبيب الحاربي وإسحاق . وقال الزهري لا تقبل شهادته الاولى ولا الآخرة لان كل واحدة منها ترد الاخرى وتعارضها . ولان الاولى مرجوع عنها واثانية غير موثوق بها لانها من مقر بطلعه وخطئه في شهادته فلا يؤمن ان يكون في الغلط كالأولى . وقال مالك : يؤخذ بأقل قوليه لانه ادى الشهادة وهو غير مهم فلم يقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم

ولنا ان شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما لو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الاولى لانها قد بدأت برجوعه عنها ولا يجوز الحكم بها لانها شرط الحكم فيعتبر استدراؤها إلى انقضائه . ويفارق رجوعه بعد الحكم لان الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينقض به تمامه (فصل) وان شهد بألف ثم قال قبل الحكم قضاء منه خمسمائة فسدت شهادته ذكره أبو الخطاب فقل إذا شهد أن عليه ألفاً ثم قال أحدهما قضاء منه خمسمائة بدأت شهادته وذلك انه شهد بان الألف جميعه عليه واذا قضاء خمسمائة لم تكن الألف كله عليه فيكون كلامه متناقضاً فتفسد شهادته ، وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال بل بخمسمائة لان ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة وأقرار بطل نفسه وهذا لا يقول هذا على سبيل الرجوع ، والنصوص عن أحمد أن شهادته تقبل بخمسمائة فانه قال إذا شهد بألف ثم قال أحدهما قبل الحكم قضاء منه خمسمائة أفسد شهادته والمشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسمائة فصحح شهادته في نصف الألف الباقي وأبطلها في النصف الذي ذكر انه قضاء لان ذلك بمنزلة الرجوع عن الشهادة به فاشبه ما لو قال أشهد بألف بل بخمسمائة

قال أحمد ولو جاء بعد هذا المجاس فقل أشهد انه قضاء منه خمسمائة لم يقبل منه لانه قد أمضى

قال أحمد في رجل ادعى على رجل انه أودعه فانكره هل يحلف ما أودعك؟ قال اذا حلف مالك عندي ولا في يدي شيء فهو يأتي على ذلك؟ وهذا يدل على انه لا يلزمه أن يحلف على حسب الجواب

الشهادة فهذا يحتمل انه اراد به انه اذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه لان الالف قد وجب بشهادتها وحكم الحاكم ولا تقبل شهادته بالقضاء لانه لا يثبت بشاهد واحد، فاما ان شهد انه اقرضه ألفاً ثم قال قضاءه منه خمسمائة قبلت شهادته في باقي الالف وجهاً واحداً لانه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف (مسئله) فان (واذا شهد شاهد بألف وآخر بخمسمائة حكم للمدعي الالف بخمسمائة وحلف مع شاهده على الخمسمائة الاخرى ان أحب)

وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صحت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهذا قول شرح ومالك والشافعي وابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد وأصحاب وأبي عبيد، وحكي عن الشعبي أنه شهد عنده رجلان شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة وشهد الآخر أنه طلقها تطليقتين فقال قد اختلفتما قوماً، وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف وشهد آخر أنه أقر بألفين لم تصح الشهادة لان الاقرار بالالف غير الاقرار بالالفين فلم يشهد بكل اقرار إلا واحد ولنا أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه وما ذكره من أن كل اقرار انما يشهد به واحد يبطل بما إذا شهد أحدهما أنه أقر بألف غدوة وشهد الآخر أنه أقر بألف عشياً فان الشهادة تكمل مع أن كل اقرار انما يشهد به واحد فأما ما انفرد به أحدهما فان المدعي أن يحلف معه ويستحق وهذا قول من يرى الحكم بشاهد وبيمين وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة أو لم تختلف الاسباب والصفات فأما إن اختلفت مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض وشاهد بخمسمائة من ثمن مبيع ويشهد شاهد بألف يمين وآخر بخمسمائة سود أو يشهد شاهد بألف دينار والآخر بخمسمائة درهم لم تكمل البيعة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها ويحلف مع أحدهما ويستحق ما شهد به

(فصل) فان شهد له شاهدان بألف وشاهدان بخمسمائة ولم تختلف الاسباب والصفات دخلت الخمسمائة في الالف ووجب له بالشهادتين مائة وان اختلفت الاسباب والصفات وجب له الالف والخمسمائة ولم يدخل أحدهما في الآخر لانها مختلفتان

(فصل) وإن شهد له شاهد أنه باعه هذا العبد بألف وشهد آخر أنه باعه إياه بخمسمائة لم تكمل البيعة لاختلافهما في صفة البيع وله أن يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه وإن شهد به بكل عقد شاهدان ثبت البيعان وإن أضافا البيع إلى وقت واحد مثل أن يشهد أنه باعه هذا العبد مع الزوال بألف وشهد الآخر أنه باعه إياه مع الزوال بخمسمائة تمارضت البيعتان وسقطتا لانه لا يمكن اجتماعهما وكل بيعة تكذب

وانه متى حلف مالك قبلي حق برى بذلك ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين (فصل) ولا تدخل اليمين النيابة ولا يحلف أحد عن غيره فلو كان المدعي عليه صغيراً أو مجنوناً

الاخرى وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له أن يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان لان التعارض إنما يكون بين البيتين الكاملتين

(فصل) وإن شهد أحدهما أنه غصبه ثوباً قيمته درهمان وشهد آخر أن قيمته ثلاثة ثبت له ما اتفقا عليه وهو درهمان وله أن يحلف مع الآخر على درهم لانهما اتفقا على درهمين وانفرد أحدهما بدرهم فأشبه ما لو شهد أحدهما بألف وآخر بخمسمائة وإن شهد شاهدان أن قيمته درهمان وشاهدان أن قيمته ثلاثة ثبت له درهمان وبهذا قال الشافعي وقل أبو حنيفة له ثلاثة لانه قد شهد بها شاهدان وهما حجة فيجب الأخذ بهما كما يؤخذ بالزيادة في الاخبار وكما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بألفين فإنه يجب له ألأن قال القاضي ويتوجه لنا مثل هذا بناء على مسألة الألف وخمسمائة

ولنا أن من شهد أن قيمته درهمان ينفي أن تكون قيمته ثلاثة فقد تعارضت البيتان في الدرهم وتخالف الزيادة في الاخبار فان من يروي الناقص لا ينفي الزيادة وكذلك من شهد بألف لا ينفي أن عليه ألفاً آخر فان قيل فلم قلتم انه إذا شهد بكل واحد من القيمتين شاهدان تعارضتا وإن شهد واحد لم تتعارضا وكان له أن يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها قلنا لان الشاهدين حجة وبينه فإذا كملت من الجنين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما ، واما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وإنما يصير حجة مع اليمين فإذا حلف مع أحدهما كملت الحجة بيمينه ولم يعارضهما ما ليس بحجة كما لو شهد بأحدهما شاهدان وبالأخر شاهد واحد

مسألة قال (ومن ادعى شهادة عدل فانكر أن تكون عنده ثم شهد بها بعد ذلك وقال كنت أنسيتها قبلت منه)

وجملة ذلك أن العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ثم شهد بها وقال كنت أنسيتها قبلت ولم ترد شهادته وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق ولا أعلم فيه مخالفاً وذلك لانه يجوز أن يكون نسبها وإذا كان ناسياً لها فلا شهادة عنده فلا نكذب به مع امكان صدقه ولا يشبه هذا إذا ما قال لا بينة لي ثم أتى ببينة حيث لا تسمع من ذلك اقراره على نفسه بعدم البينة والانسان يؤخذ باقراره وقول الشاهد لا شهادة عندي ايس باقراره فان الشهادة ايس له إنما هي حق عليه فيكون منكراً لها فإذا اعترف بها كان اقراراً بعد الانكار وهو مسموع بخلاف الانكار بعد الانكار ولان الناسي للشهادة لا شهادة له عنده فهو صادق في إنكاره فإذا ذكرها صارت عنده فلا تنافي بين القولين وصار هذا كمن انكر ان يكون عنده شهادة قبل ان يستشهد ثم استشهد بعد ذلك فصارت عنده بخلاف من أنكر أن له بينة فإنه لا يخرج عن أن يكون له بينة بنسائها

لم يحلف عنه حتى يبلغ الصبي أو يعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه ولو ادعى الاب لابنه الصغير حقاً أو ادعاه الوصي أو الامين له وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه فان نكل قضي عليه ومن لم ير

﴿مسئلة﴾ قل (ومن شهد بشهادة يجر الى نفسه بضمها بطلت شهادته في الكل)

وجملته أن من شهد بشهادة له بعضها مثل أن يشهد الشريك لشريكه بمال من الشركة ويشهد على زيد بدار له ولعمرو فإن شهادته تبطل في الكل وقال الشافعي فيها قولان (أحدهما) كقولنا (والثاني) تصح شهادته لغيره لأنه أجنبي فتصح شهادته له كما لو لم يكن له فيها شرك ويتخرج لنا مثل هذا بناء على قولنا في عبد بين ثلاثة اشترى نفسه منهم بثلاثمائة درهم فادعى أنهم قبضوها منه فأنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً فأقر له اثنان وشهدا على المنكر باليمين فإن شهادتهما تقبل عليه ويشار كما فيما أخذنا من المال ولنا أنها شهادة رد بعضها للثمة فترد جميعها كما لو شهد المضارب لرب المال بمال من المضاربة ولو شهد بدين لأبيه وأجنبي أو شهد بشهادة ترد في بعض ما شهد به بطلت كلها

﴿مسئلة﴾ قال (واذا مات رجل وخلف ابناً وألف درهم فادى رجل على الميت ألف درهم وصدقه الأب وادعى آخر مثل ذلك وصدقه الابن فإن كان في مجلس واحد كان الألف بينهما وإن كان في مجلسين كان الألف للاول ولا شيء للثاني)

وجملته إن الميت إذا خلف وارثاً وتركه فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق ميراثه فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لجميعها فإذا أقر بمدة ذلك لآخر نظرت فإن كان في المجلس صح الاقرار واشتركا في التركة لأن حالة المجلس كلها كحالة واحدة بدليل القبض فما يعتبر القبض فيه وامكن الفسخ في البيع ولحق الزيادة في العقد فكذلك في الاقرار، وإن كان في مجلس آخر لم يقبل اقراره لأنه يقر بحق على غيره فانه يقر بما يقتضي مشاركة الاول في التركة ومزاحمته فيها وتنقيص حقه منها ولا يقبل إقرار الانسان على غيره، وقال الشافعي يقبل اقراره ويشتركان فيها لأن الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لما قبل فكذلك الوارث ولأن منعه من الاقرار يفضي الى إسقاط حق الترماء فانه قد لا يتحقق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بنيهته ولأن من قبل اقراره أولاً قبل اقراره ثانياً إذا لم يتغير حاله كالوروث.

ولنا انه أقر بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره على وجه يضر به تعلقاً يمنع صحة تصرفه فيه فلم يقبل كإقرار الرهن بجنابة عبده الموهون أو الجاني، وأما الموروث فإن أقر في صحته صح لأن الدين لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بدمته، وإن أقر في مرضه لم يحاص القر له غرماء الصحة لذلك، وإن أقر في مرضه لغيره يستغرق دينه تركته ثم أقر لآخر في مجلس آخر صح وشارك الاول والفرق بينه

القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعي لم يحلف الوالي عنهما ولكن تقف اليمين ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعي عليه، وإن ادعى على المبد دعوى وكانت مما يقبل قول المبد فيها على نفسه

وبين الوارث ان اقراره الاول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يتعلق به دين آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعلق الدين بتركته بالاقرار بخلاف الوارث فإنه لا يملك أن يعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلتزم قضاء الدين .

(فصل) وإن مات وترك ألفاً فأقر به ابنه لرجل ثم أقر به لغيره فهو للأول ولا شيء للثاني فيه سواء كان في مجلس أو مجلسين لأنه باعترافه للأول ثبت له تلك فيه فصار اقراره للثاني اقراراً له بملك غيره فلم يقبل وتلزم المقر غرامته للثاني لأنه فوّته عليه باقراره به لغيره فأشبهه ما لو غصبه منه فدفعه إلى غيره .

(مسئلة) قل (ومن ادعى دعوى على مريض فأومأ برأسه أي نعم لم يحكم بها

حتى يقول بلسانه)

وجاءت ان اشارة المريض لا تتوهم مقام نطقه وسواء كان عاجزاً عن الكلام أو قادراً عليه وبهذا قل الثوري ، وقال الشافعي يقبل اقراره باشارته اذا كان عاجزاً عن الكلام لأنه اقرار بالاشارة من عاجز عن الكلام فأشبهه اقرار الاخرس

ولأنه غير مأبوس من نطقه فلم تقم اشارته مقام نطقه كالصحيح وبهذا فارق الاخرس فإنه مأبوس من نطقه ولهذا لو أرتج عليه في الصلاة لم تصح صلاته بغير قراءة بخلاف الاخرس ، والآيسة يفرق بينها وبين من ارتفع حيزها مع امكانه في العدة ولأن عجزه عن النطق غير متحقق فإنه يحتمل ان يترك الكلام لصعوبته عليه ومشقته لالعجزه وان صار الى حل يتحقق الاياس من نطقه لم يوثق باشارته لان المرض الذي أعجزه عن النطق لم يحتس بلسانه فيجوز ان يكون أثر في عقله أو في سمعه فلم يدر ما قيل له بخلاف الاخرس ولأن الاخرس قد تكررت اشارته حتى صارت عند من يعاشره كاليقين ومثله النطق وهذا لم تكرر اشارته فليدله لم يرد لاقرار انما أراد الانكار أو اسكات من يسأله ومع هذه الفروق لا يصح اقياس

(مسئلة) قل (ومن ادعى دعوى وقال لا بينة لي ثم أنى بعد ذلك بينة لم

تقبل لأنه مكذب لبينته)

وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو يوسف وابن المنذر تقبل وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه يجوز أن ينسى أو يكون الشاهدان سمعا منه وصاحب الحق لا يعلم فلا يثبت بذلك أنه كذب بينته وقال بعض أصحاب الشافعي وان كان الشاهدان أمرا تولاه بنفسه لم تسمع بينته لأنه كذبها وان كان وكيله شهد على ادعى عليه

كاقصاص والطلاق والقذف والخصومة معه دون سيده فان قلنا ان اليمين تشرع في هذا حلف العبد دون سيده وان نكل لم يحلف غيره . وان كان مما لا يقبل قول العبد فيه كاتلاف مال أو

أو شهد من غير علمه أو من غير أن يشهد سمعت بينته لانه معذور في نفيه إياها وهذا القول حسن ولنا أنه أكذب بينته باقراره أنه لا يشهد له أخذ فإذا شهد له انسان كان تكذيباً له ويقارن الشاهد إذا قال لأشهادة عندي ثم قال كنت نسيته لأن ذلك اقرار انيره بعد الانكار وهما هو مقر لخصمه بعدم البينة فلم يقبل رجوعه عنه والحكم في ما إذا قل كل بينة لي زور كالحكم في ما إذا قال لا بينة لي على ما ذكرنا من الخلاف فيه

(فصل) وإن قال ما أعلم لي بينة ثم أتى بينة سمعت لانه يشهد ان تذكر له بينة لم يعلمها ثم علمها قال أبو الخطاب ولو قال ما أعلم لي بينة فقال شاهدان نحن نشهد بك سمعت بينته
مسئلة (قال) وإذا شهد الوصي على من هو موصى عليهم قبات شهادته وإن شهد لهم لم يقبل إذا كانوا في حجره)

أما شهادته عليهم فمقبولة لانهم فيه خلافاً فانه لا يتهم عليهم ولا يجز بشهادته عليهم نعماً ولا يدفع عنهم بها ضرراً وأما شهادته لهم إذا كانوا في حجره فغير مقبولة وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي والثوري ومالك والشافعي والاوزاعي وأبو حنيفة وابن أبي ليلى وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لم إذا كان الخصم غيره لانه أجنبي منهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية ولنا أنه شهد بشيء هو خصم فيه فانه ان الذي يطالب بمحقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته كما لو شهد بمال نفسه ولانه يأخذ من ماله عند الحاجة فيكون منهما في الشهادة به فاما قوله إذا كانوا في حجره فانه يعني أنه لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم قبلت شهادته لزوال المعنى الذي منع قبولها والحكم في امين الحاكم يشهد للإيتام الذين هم تحت ولايته كالحكم في الوصي سواء
مسئلة (قال) وإذا شهد من يخفى في الاحيان قبلت شهادته في افقته)

قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم ومن حفظنا عنه ذلك مالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور ولا أحسبه الا مذهب أهل الكوفة وذلك لان الاعتبار في الشهادة بحال أدائها وهو في وقت الاداء من أهل التحصيل والعقل الثابت فقبلت شهادته كالصبي إذا كبر ولانه عدل غير منهم فقبلت شهادته كالصحيح وزوال عقله في غير حال الشهادة لا يمنع قبولها كالصحيح الذي ينام والريض الذي يغشى عليه في بعض الاحيان

جناية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ولا يخلف العبد فيها بحال ، وإن نكل من توجبت عليه اليمين عنها وقال لي بينة أقيمها او حساب استثنته لأخاف على ما أتقنه فذكر أبو الخطاب انه لا يميل وإن لم يخلف جملنا كلاً . وقيل لا يكون ذلك نكولاً ويعمل مدة قريبة كالوادعي قضاء او إبراء (فصل) ولو ادعى على رجل ديناً او حقاً قتل قد أبرأني منه واستوفيته مني فقل قول

(مسئلة) قال (وتقبل شهادة الطيب في الموضحة اذا لم يقدر على طيبين وكذلك البيطار في داء الدابة)

وجملته انه اذا اختلف في الشجة هل هي موضحة أو لا أوفيا كان أكثر منها كالمشمة والمنقلة والامة والدامغة أو أصغر منها كالباضة والمتلاحة والسمحاق أو في الجائفة وغيرها من الجراح التي لا يعرفها إلا الأطباء أو اختلفا في داء يختص بمعرفة الأطباء أو في داء الدابة فظاهر كلام الخري انه اذا قدر على طيبين أو بيطارين لا يجرىء واحد لانه مما يطلع عليه الرجال فلم تقبل فيه شهادة واحد كسائر الحقوق فان لم يقدر على اثنين اجزأ واحد لانه مما لا يمكن كل واحد أن يشهد به لانه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة فاجتزىء فيه بشهادة واحد بمنزلة الصوب تحت الثياب يقبل فيها قول المرأة الواحدة قبول قول الرجل الواحد أولى

(فصل) قال احمد رحمه الله اذا قال اشهد على مائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره إلا أن يقول اشهدولي على مائة ومائة يحكيه كله للحاكم كما كان ، وقال احمد اذا شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم إلا على مائة ومائتين فقال له صاحب الحق أريد أن تشهد لي على مائة لم يشهد إلا بالف قال القاضي وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد قال الله تعالى (ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها) ولانه لو ساغ للشاهد أن يشهد ببعض ما شهد عليه لساغ للقاضي أن يقضي ببعض ما شهد به الشاهد

وقال ابو الخطاب عندي يجوز أن يشهد بذلك لان من شهد بالف فقد شهد بمائة فاذا شهد بمائة لم يكن كاذبا في شهادته فجاز كما لو كان قد أقرضه مائة مرة وتسعائة مرة أخرى والاول أصح لما ذكره القاضي ولان شهادته بمائة ربما أوهمت ان هذه المائة غير التي شهدت باصله فيؤدي إلى إيجابها عليه مرتين

(فصل) قال احمد اذا شهد بالف درهم ومائة دينار فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره قال القاضي لانه لما جاز أن يحمل مطلق المقد على ذلك جاز أن تحمل الشهادة عليه والله أعلم

المسكر الابراء والاستيفاء مع يمينه ويكفيه ان يحلف بالله ان هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوما — ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه، أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه وان ادعى استيفاءه او البراءة بجملة معلومة كفاه الحلف على تلك الجهة وحدها

كتاب الدعوى والبيّنات

الدعوى في اللغة إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً ملكاً أو استحقاقاً أو صفقة أو نحو ذلك وهي في الشرع إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه . وقال ابن عقيل الدعوى الطالب قال الله تعالى (ولم يمدعوا) وقيل المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو أثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك، وقيل للمدعي من إذا ترك لم يسكت والمدعى عليه من إذا ترك سكت وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بأن يختلفا في المقد فيدعي كل واحد منهما أن الثمن غير الذي ذكره صاحبه . والاصل في الدعوى قول النبي صلى الله عليه وسلم « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وفي حديث « البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولا تصح الدعوى إلا من جازر التصرف

﴿ مسألة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ومن ادعى زوجية امرأة فانكرته ولم تكن له بيّنة فرق بينهما ولم يحلف)

وجملته أن النكاح لا يستحلف فيه رواية واحدة ذكره القاضي وهو قول أبي حنيفة ، ويتخرج

باب الدعوى والبيّنات

الدعوى إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً أو ملكاً أو استحقاقاً أو نحوه . وهو في الشرع إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه . وقال ابن عقيل الدعوى الطالب قال الله تعالى (ولم يمدعوا)

﴿ مسألة ﴾ (والمدعي من إذا ترك سكت والمنكر من إذا سكت لم يترك)

وقيل المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره وإثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بأن يختلفا في المقد فيدعي كل واحد منهما أن اليمين غير الذي ذكره صاحبه . والاصل في الدعوى قول النبي ﷺ « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وفي حديث « البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه »

﴿ مسألة ﴾ (ولا تصح الدعوى والانكار إلا من جازر التصرف)

لان من لا يصح تصرفه لا قول له في المال ولا يصح إقراره ولا تصرفه فلا تسمع دعواه ولا إنكاره كما لا يسمع إقراره

أن يستحلف في كل حق لا دمي وهو قول الشافعي وابن المنذر ونحوه قول أبي يوسف ومحمد لقول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولأنه حق لا دمي فيستحلف فيه كالمال، ثم اختلفوا فقال أبو يوسف ومحمد يستحلف في النكاح فإن نكل أزم النكاح، وقول الشافعي إن نكل ردت اليمين على الزوج خلف وثبت النكاح

ولنا أن هذا مما لا يحل به فله فلم يستحلف فيه كالحل. يمتنع هذا أن الابطاع مما يحاط فيها فلا تباح بالنكول ولا به ويضمن المدعي كالحقوق وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الخلف والتبذل في مجلس الخاتم ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضى به فيما يحاط له ويضمن المدعي إنما هي قول نفسه لا ينبغي أن يعطى بها أمراً فيه خطر عظيم وأثم كبير ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه وأما الحديث فاما تناول الاموال والدماء فلا يدخل النكاح فيه، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصاً بالحدود فالنكاح في معناه بل النكاح أولى لأنه لا يكاد يخفى من شهود لكون الشهادة شرطاً في انعقاده أو من اشتهاه فيشهد فيه بالاستفاضة والحدود بخلاف ذلك إذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما ويحال بينه وبينها ويحلى سبيلها، وإن قلنا أنها تحلف على الاحتمال الآخر فنكحت لم يقض بالنكول وتحبس في أحد الوجهين حتى تقرر أو تحلف وفي الآخر يحلى سبيلها وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع لقرر إن كان المدعي محقاً أو تمت فثباً إن كان مبطلاً

﴿مسألة﴾ (وان تداعيا عينا لم تحل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن تكون في يد أحدهما فهي له مع يمينه أنه لا حق للآخر فيها إذا لم تكن بينة)

لما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ «لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعي ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» متفق عليه. وقال النبي ﷺ في قصة الحضرمي والكندي «شاهدك أو يمينه ليس لك إلا ذلك» ولأن الظاهر من اليد الملك

﴿مسألة﴾ (ولو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر أخذ بزمامها فهي للاول) لأن تصرفه أقوى ويده أكد وهو المستوفي لمنفعتها، فإن كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكبها فهي للراكب لأنه أقوى تصرفاً فلن اختلفا في الحمل فادعاء الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب لأن يده على الدابة والحمل معاً فأشبهه ماله اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها. وإن تنازع الراكب وصاحب الدابة في السرج فهو لصاحب الدابة لأن السرج في العادة يكون لصاحب الفرس. ولو تنازع اثنان في ثياب عبد لأحدهما فهي لصاحب العبد لأن يد العبد عليها وإن تنازع صاحب الثياب وآخر في العبد اللابس لها فلهما سواء لأن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب. ومنهجه الشافعي في هذا الفصل كالذي ذكرنا

(فصل) وإذا ادعى رجل نكاح امرأة احتج الى ذكر شرائط النكاح فيقول تزوجها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها ان كانت ممن يعتبر رضاها وهذا منصوص الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يحتاج الى ذكر شرائطه لانه نوع ملك فاشبه ملك العبد لا ترى أنه لا يحتاج ان يقول وليست معتدة ولا مرتدة .

ولنا ان الناس اختلفوا في شرائط النكاح فمنهم من يشترط الولي والشهود ومنهم من لا يشترط ومنهم من يشترط اذن البكر البالغ لا يبيها في تزويجها ومنهم من لا يشترطه وقد يدعي نكاحا معتد به صحيحا والحاكم لا يرى صحته ولا يثبت ان يحكم بصحة مع جهله بها ولا يعلمها ما لم تذكر الشروط وتقوم البينة بها وتوافق المال فان أسبابه تنحصر وقد يخفى على المدعي سبب ثبوت حقه والعقود تكثر شروطها ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطا سبعة وربما لا يحسن المدعي عددا ولا يعرفها الا اموال مما يتساهل فيها وذلك اقترافا في اشتراط الولي والشهود في عقوده فاقترعنا في الدعوى وعدم العدة والردة لم يختلف الناس فيه والاصل عندها ولا يختلف به الاغراض فان كانت المرأة امة والزوج حرا قياس ما ذكرناه أنه يحتاج الى ذكر عدم الطول وخوف العنت لانها من شرائط صحة نكاحها ، وأما ان ادعى استيلاء الزوجية ولم يدع المقد لم يحتاج الى ذكر الشروط في أحد الوجهين لانه يثبت بالاستفاضة ولو اشترط ذكر الشروط لاشترطت الشهادة به ولا يلزم ذلك في شهادة الاستفاضة وفي الثاني يحتاج الى ذكر الشروط لانه دعوى نكاح فاشبه دعوى المقد

(فصل) وان تنازعا قيصاً أحدهما لابسه والآخر أخذ بكنهه فله للابس لانه تصرف أقوى وهو المستوفي لمنفتمته فان كان كنهه في يد أحدهما وباقيه مع الآخر أو تنازعا عمامة طرفها في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر فعما سواء فيها لان يد الممسك بالطرف عليها دليلان انه لو كان باقيها على الارض فنازعه فيها غيره كانت له وإذا كانت في أيديهما تساوا فيها

(فصل) ولو كانت دار فيها أربعة ايات في أحد أيباتها ساكن وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلعا فيها فان لكل واحد ما هو ساكن فيه لان كل بيت منفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد عليه . وإن تنازعا الساحة التي يتعارق منها الى البيوت فهي بينهم نصفان لاشتراكهما في ثبوت اليد عليهما فاشبهت العامة فيما ذكرنا

(مسئلة) (وإن تنازع صاحب الدار والخياط الابرة والمقمر فيها للخياط)

لان تصرفه فيها أكثر وأظهر ، والظاهر ان الاذن ان ادعى خياطاً يخطط له فالعادة انه يحمل منه ابرته ومقصه . وان اختلفا في اقميص فهو لصاحب الدار إذ ليست العادة أن يحمل القميص معه يخطط في دار غيره وإنما المادة ان يخطط قميص صاحب الدار فيها وإن اختلف صاحب الدار والتجار في القدوم والمشار وآلة التجارة فهي للتجار . وإن اختلفا

[الفني والشرح الكبير] حكم ما لو ادعت المرأة النكاح وذكرت معه حقاً من حقوق النكاح ١٦٥

(فصل) وان ادعت المرأة النكاح على زوجها وذكرت معه حقاً من حقوق النكاح كالصدق والنفقة ونحوها سمعت دعواها بغير خلاف فعليه لانها تدعي حقاً لها تضيفه الى سببه فتسمع دعواها كما لو ادعت ملكاً اضافته الى الشراء، وان افردت دعوى النكاح فقال القاضي تسمع دعواها أيضاً لانه سبب لحقوق لها فتسمع دعواها فيه كالباع، وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر لا تسمع دعواها فيه لان النكاح حق للزوج عليها فلا تسمع دعواها حقاً لغيرها فان قلنا بالاول سئل الزوج فان أنكروا لم تكن بيّنة فالقول قوله من غير يمين لانه اذا لم تستحلف المرأة والحق عليها لأن لا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى ويحتمل ان يستحلف لان دعواها انما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين، وان قامت البيّنة بالنكاح ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها فاما ابحاثها له فتنبني على باطن الامر فان علم أنها زوجته حلت له لان انكاره النكاح ليس بطلاق ولا نوى به الطلاق، وان علم أنها ليست امرأته إما لعدم العقد أو لبينوتها منه لم يحل له وهل يمكن منها في الظاهر يحتمل وجهين (أحدهما) يمكن منها لان الحاكم قد حكم بالزوجية (والثاني) لا يمكن منها لافرازه على نفسه بتحريمها عليه فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه كما لو تزوج امرأة ثم قال هي أختي من الرضاة فاذا ثبت هذا فان دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرنا من الكشف عن سبب النكاح وشرائط العقد ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل

في الحشبة المذشورة والابواب والرفوف المنجورة فهي لصاحب الدار. وإن اختلفت النجاء ورب الدار في قوس الندف فهو للنجاء. وان اختلفا في الفرش والتمطن والصوف فهو لصاحب الدار
مسئلة (وإن تنازع هو والقربا القربة فهي للقربا) وإن اختلفا في الحايية والجرار فهي لصاحب الدار، ومذهب الشافعي في هذه المسائل على ما ذكرناه

مسئلة (وإن تنازعا عرصة فيها شجر أو بناء لأحدهما فهي له) لانه استوفى لمنفعتهما
مسئلة (وإن تنازعا حائطا معقوداً بيناهما أو وحده أو متصلاً به اتصالاً لا يمكن إحداثه أو له عليه ازج فهو له وإن كان محلولاً من بنائهما أو معقوداً بهما فهو بينهما)
 وجملة ذلك ان الرجلين إذا تنازعا حائطا بين ملكهما وتساويا في كونه معقوداً بينهما معاً وهو أن يكون متصلاً بهما اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كنهه معطائر التي لا يمكن إحداث اتصال بعضها ببعض أو تساويا في كونه محلولاً من بنائهما أي غير متصل القناتهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى إن لم تكن لواحد منهما بيّنة تحالفا فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط انه له وتكون يدهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما. وإن حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وما هو لصاحبه جاز وهذا قال أبو حنيفة وأبو ثور وابن

(فصل) فاما سائر العقود غير النكاح كالبيع والاجارة والصاح وغيرها فلا يفترق الى الكشف وذكر الشروط في اصح الوجهين لانها لا يحتاج لها ولا تنفرد الى الولي والشهود فلم تنفرد الى الكشف كدعوى العين وسواء كان المبيع جارية او غيرها لانها مبيع فاشبهت الجارية وكذلك اذا كان المدعى عينا او ديناً لم يحتاج الى ذكر السبب لان اسباب ذلك تكبر ولا تنحصر وربما خفي على المستحق سبب استحقاقه فلا يكلف بيانه ويكفيه ان يقول استحق هذه العين التي في يده او استحق كذا كذا في ذمته ويقول في البيع اني اشتريت منه هذه الجارية بثلث درهم او بثلثيها منه بذلك ولا يحتاج ان يقول وهي ملكه او وهي ملكي ونحن جازز الامر وتفرقنا عن تراضين وذكر ابو الخطاب في العقود وجهاً آخر انه يشترط ذكر شروطها قياساً على النكاح وذكر أصحاب الشافعي هذين الوجهين ووجه ثالثاً ان كان المبيع جارية اشترط ذكر شروط البيع لانه عقد يستباح به الوطء فأشبه النكاح، وإن كان المبيع غيرها لم يشترط لعدم ذلك والاول اولي لانها دعوى فيما لا يشترط فيه الولي والشهود أشبه دعوى العين، وما لازم ذكره في الدعوى فلم يذكره سألنا الحاكم عنه لتصير الدعوى معلومة فيمكن الحاكم الحكم بها وقد ذكرنا سائر الدعاوى فيما سبق بما أغنى عن اعادته ههنا

النذر ولا أعلم فيه مخالفاً لان المختلفين في العين إذا لم تكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هي في يده مع يمينه، وإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون اقول قوله في نصفها مع يمينه، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها وإن كان لكل واحد منهما بينة فمارضنا وصاراً كمن لا بينة لهما فإن لم تكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى على الناكل فكان الكل للآخر، وإن كان متصلاً بينهما أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور لا يرجح بالمقد ولا ينظر اليه ولنا أن الظاهر ان هذا البناء بني كله بناء واحداً فإذا كان بعضه لرجل كان باقيه له والبناء الآخر الظاهر انه بني وحده فإنه لو بني مع هذا كان متصلاً به فالظاهر انه لغير صاحب هذا الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كاليد

فان قيل فلم لا يجعل له بغير يمين لذلك؟ قلنا لان ذلك ظاهر وليس ييقن إذ يحتمل ان أحدهما بني الحائط لصاحبه تبرعاً مع حالته أو كان له فوجه إياه أو بناء بأجرة فشرعت اليمين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين. فاما إن كان عقوداً بيناء أحدهما عقد يمكن إحداه كالبني باليمين والآخر فانه يمكن أن ينزع من الحائط البني نصف لبنه أو أجزءه ويحمل مكانها لبنه صحيحة أو أجزءه صحيحة تعقد الحائطين فقال القاضي: لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون فعل هذا لبني تلك الحائط المشترك، وظاهر كلام الخري أن يرجح بهذا الاتصال. كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن إحداه لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه.

(مسئلة) قال (ومن ادعى دابة في يد رجل فأنكر وأقام كل واحد منهما يئنه حكم بها للمدعي بيئته ولم يلتفت الى يئنه المدعى عليه لان النبي ﷺ أمرنا بسمع يئنه المدعي وبيمين المدعى عليه وسواء شهدت يئنه المدعى عليه أنها له أو قالت ولدت في ملكه عليه)

وجملة ذلك أن من ادعى شيئاً في يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما يئنه فان يئنه المدعي تسمى يئنه الخارج ويئنه المدعى عليه تسمى يئنه الداخل ، وقد اختلفت الرواية عن أحد فيما إذا تعارضتا فالمشهور عنه تقديم يئنه المدعي ولا تسمع يئنه المدعى عليه بحال وهذا قول اسحاق وعنه رواية ثانية ان شهدت يئنه الداخل بسبب الملك وقالت تتج في ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت بيئته أقدم تاريخاً قدمت والا قدمت يئنه المدعي وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في النتائج والنساج فيما لا يتكرر نسجه فأما ما يتكرر نسجه كالصوف والخز فلا تسمع يئنه إذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما لا تفيد اليد ، وقد روى جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ اختصم اليه رجلان في دابة أو بعير فأقام كل واحد منهما البيئنة بأنها له أنتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده ، وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة أن يئنه المدعى عليه تقدم بكل حل وهو قول شريح والشعبي والتميمي والحكم والشافعي وأبي عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروى عن طاوس وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحد وقال لا تقبل يئنه الداخل إذا لم تقدر إلا ما أفادته يئنه رواية واحدة واحتج من ذهب إلى هذا القول بأن جنبه المدعى عليه أقوى لان الاصل معه وبمينه

ينزع أجره وتغير بنائه وفصل ما يدل على ملكه له فوجب ان يرجح كما يرجح باليد مع أنها محتمل أن تكون يد عادية حدثت بالقصب أو بالعمارة أو بالاجارة ولم يمنع ذلك الترجيح بها فان كان لاحدهما عليه بناء كهائط مبني عليه او عقد معتمد عليه أو قبة ونحو هذا فهو له ، وبهذا قال الشافعي لأن وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة لكونه منتزعا به فجري مجرى حمله على البيمة وزرعه في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يترك غيره يبني على حائط وكذلك إن كنت عليه سرة أو كان في أصل الحائط خشبة أو طرفها بجانب حائط منفرد به احدهما أو له عليه أزج معقود فالحائط المختلف فيه له لان الظاهر في الخشبة أنها لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له

(مسئلة) ولا ترجح الدعوى بوضع خشب احدهما عليه ولا بوجوه الآجر والتزويق والتجصيص ومعاقد القمط في الخوص.

قال أصحابنا لا ترجح دعوى أحدهما بوضع خشبة على الحائط وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد في الخبر النهي عن النع منه وهو عندنا حق يجب التمكن منه فلا ترجح به الدعوى كاستناد متاعه اليه ونحصيله وتزويقه ويحتمل ان ترجح به الدعوى وهو قول مالك لانه

تقدم على يمين المدعي فإذا تعارضت البينتان وجب ابقاء يده على ما فيها وتقديمه ولو لم تكن بينة لواحد منهما وحديث جابر يدل على هذا فإنه إنما قدمت بيئته ليد

ولنا قول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فجعل جنس البينة في حجة المدعي فلا يبقى في حجة المدعى عليه بينة ولأن بينة المدعي أكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل ودليل كثرة فائدها أنها تثبت شيئاً لم يكن ويدين النكر إنما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه ولم تكن مفيدة ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندة لرؤية اليد وانصرف فإن ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فعارضت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بينة المدعي كما تقدم على اليد كما أن شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الاصل لم تكن لهما مزية عليهما

(فصل) وأي البينتين قدمنا هاهنا لم يحاط صاحبها معها ، وقال الشافعي في أحد قولي يستحلف صاحب اليد لأن البينتين سقطتا بتعارضهما فصارا كمن لا بينة لهما فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة

ولنا إن إحدى البينتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تمازض خبران خاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجود ، ولأن البينة راجحة تسقط وإنما ترجح ويعمل بها وتسقط الرجوة (فصل) فإن كانت البينة لأحدهما دون الآخر نظرت فإن كانت البينة للمدعي وحده حكم بها ولم يحلف بغير خلاف في المذهب وهو قول أهل ائمتنا من أهل الامصار منهم الزهري وأبو حنيفة

يُمنع به بوضع ماله عليه فاشبهه الباقي عليه والزارع في الأرض وود السرع بالنهي عن المنع منه لا يمنع كونه دليلاً على الاستحقاق بدليل أننا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقاً على الدوام حتى متى زال جازت إعادته ولأن كونه مستحقاً تشترط له الحاجة إلى وضعه فعلاً لا حاجة إليه له منعه من وضعه ، وأما السماح به فإن أكثر الناس لا يسامحون به ، ولهذا لما روى أبو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطأوا رؤوسهم كراهة لذلك فقال مالي أراكم عنها مرضين ؟ والله لا رمين بها بينا اكتافكم وأكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه ولأن الحائض يبنى لذلك فيرجح به كالأزج . وقال أصحاب أبي حنيفة لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد لأن الحائض لا يبنى له وترجح بالجذعين لأن الحائض يبنى لهما

ولنا أنه موضوع على الحائض فاستوى في ترجيح الدعوى قابله وكثيره كالبناء

(فصل) ولا ترجح الدعوى بكون لدواخل إلى أحدهما والخوارج ووجوه الاجر والحجارة ولا تكون الاجرة الصحيحة مما يلي أحدهما وقطع الآخر مما يلي ملك الآخر ولا بمعاقد القمط في الخمس يعني عقد الخيط التي يشد بها الخصى ، وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن إليه وجه الحائط ومعاقد القمط لما روى نمران بن حارثة التميمي عن أبيه أن قوماً اختصموا

ومالك والشافعي وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي : الشعبي وابن أبي ليلى يستحلف الرجل مع يمينه قل شريح لرجل لو أثبت عندي كذا وكذا شاهداً ما قضيت لك حتى تحلف
ولنا قول النبي ﷺ للحضرمي « يمينك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » وقول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولأن البينة إحدى حجتي الدعوى فيكتفى بها كاليمين . قل أصحابنا ولا فرق بين الحاضر والغائب والحلي واليت والصغير والكبير والمجنون والمكلف
وقال الشافعي إذا كان الشهود عليه لا يعبر عن نفسه أحلف الشهود له لأنه لا يمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والابراء فيقوم الحاكم مقامه في ذلك لنزول الشبهة وهذا حسن فإن قيام البينة للمدعي بثبوت حقه لا ينفى احتمال اقضاء والابراء بدليل أن المدعى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته فإن كان حاضراً مكلفاً فسكوته عن دعوى ذلك دليل على انتفائه فيكتفى بالبينة ، وإن كان غائباً أو ممن لا قول له نفي احتمال ذاك من غير دليل يدل على انتفائه قد شرع اليمين لنفيه وإن لم تكن للمدعي بينة وكانت للمنكر بينة سمعت بيته ولم يحتج إلى الحلف معها لانا إن قلنا بتقديمها مع التعارض وأنه لا يحلف معها فمع انفرادها أولى ، وإن قلنا بتقديم بيته للمدعى عليه فيجب أن يكتفى بها عن اليمين لأنها أقوى من اليمين فاذا اكتفى باليمين فما هو أقوى منها أولى ويحتدل أن تشرع اليمين أيضاً لأن البينة هنا يمتثل أن تكون مسندتها اليد واتصرف فلا تفيد إلا ما أفادته اليد واتصرف وذلك لا يفي عن اليمين فكذلك ما قام مقامه

إلى النبي ﷺ في خص فبعث حذيفة بن اليان يحكم بينهم فحكم أن نليه معاقداً قمط ثم رجع إلى النبي ﷺ فأخبره فقال « أصبت وأخذت » رواه ابن ماجه وروى نحوه عن علي ولان العرف جار بأن من بنى حائطاً جعل وجه الحائط إليه

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ولان وجه الحائط ومعاقداً قمط إذا كانا شريكين فيه لا بد من أن يكون إلى أحدهما إذ لا يمكن كونه اليها جميعاً فبطالت دلالة كالتزويق ، ولأنه براد للزينة فهو كالتزويق ، وحديثهم لا يثبت أهل النقل واسناده مجهول قاله ابن المنذر قال الشافعي ذكرت هذا الحديث لأحد فلم يقنعه وذكرته لاسحاق بن راهويه فقل ليس هذا حديثاً ولم يصححه وحديث علي فيه مقال وما ذكره من العرف ليس بصحيح فإن العادة جعل وجه الحائط إلى خارج ليراه الناس كما يابس الرجل أحسن ثيابه أعلاها الظاهر للناس ليروه فيتزين به فلا دليل فيه

(فصل) ولا ترجع الدعوى بالتزويق والتحسين ولا يكون أحدهما له الآجر وسترة غير مبنية عليه لأنه مما يتساع به ويمكن إحداثه .

(فصل) وإن ادعى الخارج أن الدابة ملكه وأنه أودعها للداخل أو أعاره إياها أو أجرها منه ولم يكن لواحد منها بينة فالقول قول المذكر مع يمينه ولا نعلم فيه خلافاً وإن كان لكل واحد منهما بينة فبينة الخارج مقدمة وهذا قول الشافعي
وقال القاضي بينة الداخل مقدمة لأنه هو الخارج في المعنى لأنه ثبت أن المدعي صاحب اليد وأن يد الداخل نائبة عنه

ولنا قول النبي ﷺ «البينة على المدعي» ولأن اليمين في حق المدعي عليه فتكون البينة للمدعي كما لو لم يدع الايداع، بحتمته أن دعواه الايداع زيادة في حجه وشهادة البينة بها فتوبة لها فلا يجوز أن تكون مبطللة لبيئته، وإن ادعى الخارج أن الداخل غصبه إياها وأقاما يدين في الخارج ويقتضي قول القاضي أنها للداخل والاولى ما ذكرناه

(فصل) فإن كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وحوافظها وباقيها في يد آخر فدعاهما كل واحد منهما كلها ولا بينة لواحد منهما فلكل واحد منهما ماني يده مع يمينه وإن أقام يدين فقلنا تقدم بينة الخارج فلكل واحد منهما ماني يد صاحبه وإن قلنا تقدم بينة الداخل فلكل واحد منهما ماني يده من غير يمين

(فصل) فإن كان في يد كل واحد منهما شاة فدعى كل واحد منهما أن الشاة التي في يده صاحبه

﴿مسئلة﴾ وإن تنازع صاحب العلو والسفل في السلم والدرجة فهي لصاحب العلو إلا أن يكون تحت الدرجة مسكن لصاحب السفل فيكون بينهما وإن تنازعا في السقف الذي بينهما فهو بينهما
إذا تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها ولم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل كسلم مستمر أو دكة فهي لصاحب العلو وحده لأن له اليد والتصرف وحده لكونها مصعد صاحب العلو لا غير والعروة التي عليها الدرجة له أيضا لا تتفاعة بها وحده وإن كان تحتها بيت بنيت لأجله وليكون مدرجا للعلو فهي بينهما لأن يدهما عليه ولأنها سقف للسفلاني وموطئ للفوقاني فهي كالسقف وإن كان تحتها طابق صهيرة لم تبين الدرجة لأجله وإنما جعل مرفقا يحمل فيه حب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله وحده، وبمحتمل أن تكون بينهما لأن يدهما وانتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف

(فصل) فإن تنازعا السقف الذي بينهما تحالفاً وكان بينهما وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفل لأن السقف على ملكه فكان القول قوله فيه كما لو تنازعا سرجا على دابة أحدهما كان القول قول صاحبه وخفي عن مالك أنه لصاحب السفل وخفي عنه أنه لصاحب العلو لأنه يجاس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به

ولنا أنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما

له ولا بينة لها حلف كل واحد منهما لصاحبه وكانت الشاة التي في يده له وإن أقاما بينتين فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما ، وإن كان كل واحد منهما قال هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج شاتي هذه فالتعارض في النتاج لا في الملك إذ يستحيل أن يكون كل واحد منهما يثبت الأخرى والحكم على ما تقدم ، وإن ادعى كل واحد منهما أن الشاتين لي دون صاحبي وأقاما بينتين تعارضتا وانبنى ذلك على القول في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الخارج جعل لكل واحد منهما ما في يد الآخر ومن قدم بينة الداخل أو قدمها إذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما ما في يده

(فصل) وإذا ادعى زيد شاة في يد عمرو وأقام بها بينة فخكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو على زيد وأقام بها بينة فإن قلنا بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو لأن بينة زيد مقدمة عليها ، وإن قلنا بينة الداخل مقدمة نظرنا في الحكم كيف وقع فإن كان حكم بها لزيد لأن عمرا لا بينة له ردت إلى عمرو لانه قد قامت له بينة واليد كانت له وإن حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه لانه حكمه يسوغ الاجتهاد فيه وإن كنت بينة عمرو قد شهدت له أيضاً وردها الحاكم لنفسها ثم عدلت لم ينقض الحكم أيضاً لأن الناسق إذا ردت شهادته لنفسه ثم أعادها بعد لم تقبل وإن لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض لأن حكم الحاكم الاصل جريانه على العدل والانصاف والصحة فلا

كالحائط بين المالكين وقولهم هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان العلو ولا يشبه السرج على الدابة لانه لا ينفع به غير صاحبها ولا يراد إلا لهذا فكان في يده وهذا السقف ينفع به كل واحد منهما لانه سماء صاحب السفل يظله وأرض صاحب العلو يقله فاستويا فيه ، وإن تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب العلو لما ذكرنا

❖مسئلة❖ (وإن تنازع المؤجر والمستأجر في ريف مقلوع أو مضراع له شكل منصوب في الدار فهو لصاحبها والا فهو بينهما)

وجملة ذلك أن المكتري والمكري إذا اختلفا في شيء في الدار فإن كان مما ينقل ويحول كالأثاث والاولائي والكتب فهو للمكتري لأن العادة أن الانسان يكري داره فارغة من رحله وقماشه وإن كان في شيء مما يتبع في البيع كالأبواب المنصوبة والحوائط المدفونة والرفوف المسورة والسلالم المستمرة والراح المنصوبة وحجرها الفوقاني فهو للمكري لانه من توابع الدار فاشبه الشجرة المغروسة فيها وإن كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال احمد إذا اختلفا في الرفوف فهي لصاحب الدار فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها ، وقال القاضي هي بينهما إذا بحالها لأنها لا تتبع في البيع فاشبهت التماس هذا ظاهر يشهد للمكتري والمكري ظاهر يمارض هذا وهو أن المكتري يترك الرفوف في الدار ولا ينقلها عنها فإذا تعارض الظاهر من الجانبين استويا وهذا مذهب الشافعي فعلى هذا إن

ينقض بالاحتمال فإن جاء ثالث فادعاهما وأقام بهايئة فيديته وبينه يزيد متعارضان ولا يحتاج زيد إلى إقامة يديته لأنها قد شهدت مرة وهما سواء في الشهادة حال النزاع فلم يحتج إلى إعادتها كاليئة إذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بانء عدالتها فانها تقبل ويحكم من غير إعادة شهادتها كذا ههنا (فصل) وإذا كان في يد رجل شاة فادعاه رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بيئة وادعى الذي هي في يده أنها في يده منذ سنتين وأقام بذلك بيئة فهي للدعي بغير خلاف لأن يديته تشهد له بالملك وبيئة الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لا يمكن الجمع بينهما بأن تكون اليد على غير ملك فكانت بيئة الملك أولى فإن شهدت بيئة بأنها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحان تقدم التاريخ من جهة بيئة الداخل وكون الأخرى بيئة الخارج فنية روايتان

(أحدهما) تقدم بيئة الخارج وهو قول أبي يوسف ومحمد وأبي ثور ويقضيه عموم كلام الحرفي لقوله عليه السلام « البيئة على المدعي » ولأن بيئة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيد اليد أشبهت الصورة التي قبلها

(والثانية) تقدم بيئة الداخل وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها تضمنت زيادة فإن كانت بالعكس فشهدت بيئة الداخل أنه يملكها منذ سنة وشهدت بيئة الخارج أنه يملكها منذ سنتين قدمت بيئة الخارج إلا على الرواية التي تقدم فيها بيئة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين في التي

تحالفا كانت بينهما وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهي لمن لف وذكر شيخنا في الكتاب المشرح أنه إن كان للرف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه وإن لم يكن له شكل فهو بينهما إذا تحالفا لأنه إذا كان له شكل منصوب في الدار فللمنصوب تابع للدار فهو لصاحبها والظاهر أن أحد الرفين لمن له الآخر وكذلك إذا اختلفا في مصراع باب مقولع فالحكم فيه كما ذكرنا هكذا ذكره أبو الخطاب وذكره القاضي في موضع لأن أحدهما لا يستغني عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقاني من الرحا والمفتاح مع السكرة

﴿مسئلة﴾ وإن تنازعا دارا في أيديهما فادعاهما وادعى الآخر نصهها جمل بينهما نصفين واليمين على مدعي النصف

نص عليه أحمد ولا يمين على الآخر لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ولا أعلم في هذا خلافا إلا أنه حكى عن ابن شبرمة أن المدعي الكل ثلاثة أرباعها لأن النصف له لا منازع له فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه

ولما إن مدعي النصف على ما يدعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى فإن لكل واحد منهما بيئة بما يدعيه فقد تمت بيئتهما في النصف فيكون النصف للمدعي الكل والنصف الآخر ينسب على الخلاف في أي البيئتين تقدم ، وظاهر المذهب تقديم بيئة المدعي الكل وعلى قول

قبلها وظاهر مذهب الشافعي تقديم بيته الداخل على كل حال وقال بعضهم فيها قولان ، وإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بيته قدمت بيته الداخل ذكره القاضي وهو قول أبي ثور فإن اتفق تاريخ السنين إلا أن بيته الداخل تشهد بتناج أو بشراء أو غنيمة أو ارث أو هبة من مالك أو قطعة من الامام أو سبب من أسباب الملك ففي أيهما تقدم روايتان ذكرناهما ، وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من الآخر قضي له بها لأن بيته الابتياح شهدت بأمره دث خفي على البيته الأخرى قدمت عليها كتدعيم بيته الجرح على بيته التعديل (م-ثلة) قل (ولو كانت الدابة في أيديهما فأقام أحدهما البيته أنها له وأقام الآخر البيته أنها له نتجت في ملكه سقطت البيتان وكأنا كمن لا بيته لهما وكانت اليمين لكل واحد منهما على صاحبه في النصف المحكوم له به)

وجملته أنه إذا تنازع رجلان في عين في أيديهما فادعى كل واحد منهما أنها ملكه دون صاحبه ولم تكن لهما بيته حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين لا نعلم في هذا خلافاً لأن يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا جميعاً عن اليمين فهي بينهما أيضاً لأن كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله ، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضي له

أبي حنيفة وصاحبيه إن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها فلنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما في النصف الآخر فمن خرجت له القرعة حلف وكان له ، وإن كان لكل واحد بيته تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بيته لهما ، وإن قلنا تستعمل البيتان اقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين والثاني يقسم بينهما النصف فيكون للمدعي الكل ثلاثة أرباعها

(فصل) فإن كانت دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الثالث سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم وليس ههنا اختلاف ولا تجاحد ، وإن ادعى كل واحد منهم أن بقية الدار ودیعة أو عارية كانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بيته قضي له بها لأن بيته تشهد بما ادعاه ولا معارض لها وإن لم تكن لواحد منهم بيته حلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها

(فصل) فإن ادعى أحدهم جميعها والآخر نصفها والآخر ثلثها فإن لم يكن لواحد منهم بيته قسمت بينهم أثلاثاً وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به لأن يد كل واحد منهم على ثلثها وإن كانت لأحدهم بيته نظرت فإن كانت للمدعي الجميع فهي له ، وإن كانت للمدعي النصف أخذه والباقي بين الآخرين فسفين لصاحب الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر على الربع الذي يأخذه جميعه وإن كانت البيته للمدعي الثلث أخذه والباقي بين الآخرين للمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه وإن كانت لكل

١٧٤ حكم ما لو كانت الدابة في ايديها فقام كل منهم بينة أنها له [المغني والشرح الكبير]

بجميعها لانه يستحق ما في يده يمينه وما في يد صاحبه اما بنكوله وإما يمينه التي ردت عليه عند ذكول صاحبه ، وان كانت لاحداها بينة دون الآخر حكم له بها لانعلم في هذا خلافا ، وان اقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضت البيتان وقسمت العين بينهما نصفين وهذا قال الشافعي وابونور وابن حباب الرأي لما روى ابو موسى رضي الله عنه ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في بئر فأقام كل واحد منهما شاهدين ف قضى رسول الله ﷺ بالبعير بينهما نصفين رواه أبو داود ولان كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج عن نصفها فتقدم بينة كل واحد منهما فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين وذكر أبو الخطاب فيها رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن خرجت قرعته حلف أنها الاحق الآخر فيما وكانت العين له كما لو كانت في يد غيرها والاول أصح للخبر والمغني واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين فروي أنه يحلف وهذا ذكره الحزقي لان البيتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب اسقاطها كالحبرين اذا تعارضا وتساويا وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهذا أخذ قول الشافعي بناء على ان اليمين تجب على الداخل مع بينته وكل واحد منهما داخل في نصفها فيحكم له به بينته ويحلف معها في أحد القولين والرواية الاخرى ان العين تقسم بينهما من غير يمين

واحد بما يدعيه بينة فان قلنا تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهما أثلاثا لان يد كل واحد منهما على اثنتان وإن قلنا تقدم بينة الخارج فينبغي أن تسقط بينة صاحب الثلث لانها داخلية ولمدعي النصف السدس لان بينته خارجة فيه ولمدعي الكل خمسة أسداس لان له السدس بغير بينة لكونه لا منازع له فيه لأن أحدا لا يدعيه وله اثنتان لكون بينته خارجة فيهما وقيل بل لمدعي الثلث السدس لان بينته تدعي الكل وتدعي النصف تعارضتا فيه وتساقتا وبقي لمن هو في يده ولا شيء لمدعي النصف لعدم ذلك فيه وسواء كان لمدعي الثلث بينة أو لم تكن ، وان كانت العين في يد غيرهم واعترف انه لا يملكها ولا بينة لهم فالنصف لمدعي الكل لانه ليس منهم من يدعيه ويقرع بينهم في النصف الباقي فان خرجت القرعة لصاحب الكل أو صاحب النصف حلف وأخذه وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين في السدس فمن قرع صاحبه حلف وأخذه وان اقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه فالنصف لمدعي الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه مدعي الكل ومدعي النصف واثنتان يدعيه الثلاثة وقد تعارضت البيئات فيه فان قلنا تسقط البيئات قرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بينة وهذا قول أبي عبيد وقول الشافعي إذ كان بالعراق وعلى الرواية التي تقول اذا تعارضت البيتان قسمت العين بين المتداعين فالمدعي الكل النصف ونصف السدس الزائدو ثلث الثلث ولمدعي النصف نصف

وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قول الشافعي وهو أصح للخبر والمعنى الذي ذكرناه ولا يصح قياس هاتين البيعتين على الخبرين المتساويين لأن كل بيعة راجحة في نصف العين على كل واحد من القولين وقد ذكرنا أن البيعة الراجحة يحكم بها من غير حاجة إلى يمين فلما ان شهدت إحدى البيعتين بأن العين لهذا وشهدت الأخرى أنها لهذا الآخر تجت في ملكه فقد ذكرنا في الترجيح بهذا روايتين (أحدهما) لا يرجح به وهو اختيار الحنفي لأنها تساوى في ما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويها في الحكم (والثانية) تقدم بيعة الشايج وما في معناه وهو مذهب أبي حنيفة لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والأخرى خفي عليها ذلك فيحتمل أن تكون شهادتهما مستندة إلى مجرد اليد والتصرف فتقدم الأولى عليها كتقدم بيعة الجرح على تعديل وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرهما

(فصل) فإن شهدت أحدهما أنها له منذ سنة وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين فظاهر كلام الحنفي اتسوية بينهما وهو أحد قول الشافعي وقول القاضي قياس المذهب تقديم أقدمهما تاريخاً وهو قول أبي حنيفة وأقول الثاني للشافعي لأن المتقدمة انتاريخ أثبت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البيعة الأخرى فيثبت الملك فيه ولهذا له المبالغة بالنماء في ذلك الزمان وتعارضت البيعتان في الملك في الحال فسقطتا وبقي ملك السابق يجب استدامته وإن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته. ووجه قول

السدس وثلث الثلث ولمدعي الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج للسئلة من ستة وثلاثين لمدعي الكل النصف ثمانية عشر ونصف السدس ثلاثة وانتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهماً وإصاحب النصف سبعة ولمدعي الثلث أربعة وهو التسع وهذا قياس قول قتادة والحارث المكي وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وهو قول الشافعي وقال أبو ثور يأخذ مدعي الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين وروي هذا عن مالك وهو قول الشافعي وقال ابن أبي ليلى وقوم من أهل العراق تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان فصاح من أحد عشر سهماً.

وسئل سهل بن عبد الله بن أويس عن ثلاثة ادعوا كيساً وهو بأيديهم ولا بيعة لهم وحلف كل واحد منهم على ما ادعاه ادعى أحدهم جميعه وادعى الآخر ثلثه وادعى آخر نصفه فأجاب فيها بشعره: فطرت أبا يعقوب في الحسب التي طرت * فأقامت منهم لكل قاعد
فللمدعي الثلثين ثلث والذي * استبلاط جميع المال عند التعاضد
من المال نصف غير ماسينو به * وحيثه من نصف ذا المال زائد
وللمدعي نصفاً من المال ربه * ويؤخذ نصف السدس من كل واحد
وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكان المسئلة عالت إلى ثلاثة عشر وذلك

الحرقى ان الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز ان يعلم به دون الاول ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه له تقدمت بيته اتفاقاً فإذا لم يرجح بهذا فلا أقل من التساوي ، وقولهم إنه يثبت الملك في الزمن الماضي من غير معارضة قلنا إنما يثبت تبعاً لثبوته في الحال ولو انفرد بان يدعي الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بيته فإن وقت احداها واطلقت الاخرى فهما سواء ذكره القاضي وقال أبو الخطاب يحتمل ان يحكم به لمن لم يوقت وهو قول أبي يوسف ومحمد ولنا أنه ليس في احداها ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواءهما كما لو اطلقتا أو استوى تاريخهما

(فضل) ولا ترجح إحدى البيتين بكثرة العدد ولا اشتها العدالة بهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويخرج ان ترجح بذلك مأخوذاً من قول الحرقى ويتبع الاعمى أو تفهما في نفسه وهذا قول مالك لان أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة لانهما خير ولان الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به وإذا كثر العدد أو قويت عدالة كل الظن به أقوى وقول الاوزاعي يقسم على عدد الشهود فإذا شهد لاحدها شاهدان والآخر أربعة قسمت لذين بينهما اثراً لان الشهادة سبب الاستحقاق فيوزع الحق عليها

انه أخذ مخارج الكسور وهي ستة فجعلها لمدي الكل وثلاثها اربعة لمدي الثلثين ونصفها ثلاثة لمدي النصف صارت ثلاثة عشر

(فصل) فان كانت الدار في أيدي أربعة قادمي جميعها واثنان ثلثها واثالث نصفها والرابع ثلثها ولا يثبت لم حلف كل واحد منهم وله ربحها لانه في يده واقول قول صاحب اليد مع يمينه، وإن أقام كل واحد منهم بما ادعاه يمينه قسمت بينهم أربعاً أيضاً لأننا ان قلنا تقدم يمينه الداخل فكل واحد منهم داخل في ربحها فتقدم يمينه فيه، وإن قلنا تقدم يمينه الخارج فإن الرجلين اذا ادعيا عينا في يد غيرهما فأندكرهما وأقام كل واحد منهما يمينه بدعواه تعارضتا وأقر الشيء في يد من هو في يده، وإن كانت الدار في يد خامس لا يدعيها ولا يمينه لواحد منهم بما ادعاه فالثالث لمدي الكل لان أحداً لا ينافيه فيه ويقرع بينهم في الباقي، فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو مدعي الثلثين أخذه وإن وقعت لمدي النصف أخذه وأقرع بين الباقيين في الباقي فإن وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي وهذا قول أبي عبيد والشافعي إذ كان بالعراق إلا انهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا لمدي الكل اثلث ويقرع بينه وبين مدعي النصف في السدس الزائد عن الثلث ثم يقرع بين الاربعة في الثلث الباقي ويكون الاقرار في ثلاثة مواضع ، على الرواية الأخرى اثلث لمدي الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعي الثلثين ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعي النصف أثلاثاً ثم يقسم الثلث الباقي بين الاربعة أربعاً وتصح المسئلة من

ولنا أن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية وتخالف الخبر فإنه مجتهد في قبول خبر
أفراد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقاً بهما دون
اعتبار الظن ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن وإن كثرت حتى صار الظن
بشهادتهن أغلب من شهادة الذكور؟ وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين
في المال لأن كل واحدة من البيتين حجة في المال فإذا اجتمعتا تعارضتا فأما إن كان لأحدهما شاهدان
والآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان

(أحدهما) يتعارضان لأن كل واحد منهما حجة بمفرده فاشبهها الرجلين مع الرجل والمرأتين
(والثاني) يقدم الشاهدان لأنهما حجة متفق عليها والشاهد واليمين مختلف فيهما ولأن اليمين
قوله لنفسه والبيئة الكاملة شهادة الاجنبيين فيجب تقديمهما كتقديمهما على يمين المنكر وهذا الوجه أصح
إن شاء الله وللشافعي قولان كالوجهين

(فصل) وإذا كان في أيديهما دار فادعاهما أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها ولا بيئة لها فهي
بينهما نصفين نص عليه أحمد وعلى مدعي النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على الآخر لأن النصف
المحكوم له به لا منازع له فيه ولا نعلم في هذا خلافاً إلا أنه حكى عن ابن شبرمة أن للمدعي الكل ثلاثة
أرباعها لأن النصف له لا منازع فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه
ولنا أن يد مدعي النصف على ما يدعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى فإن كان

سته وثلاثين سهماً لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر ونصف السدس الزائد عن النصف ثلاثة وثلاث
السدس الزائد عن الثلث سهمان ورابع الثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهماً وذلك خمسة
أنواع الدار، والمدعي الثلث ثمانية أسهم تسعان وهي مثل ما للمدعي الكل بعد الثلث الذي انفرد به
ولمدعي النصف خمسة أسهم تسع ورابع تسع، والمدعي الثلث ثلاثة نصف سدس وعلى قول من قسمها
على العول من خمسة عشر لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب الثلث سهمان
ولصاحب النصف ثلاثة وعلى قول أبي ثور لصاحب الكل الثلث وبوقف الباقي

﴿مسألة﴾ (وان تنازع الزوجان أو ورثتهما في قاش البيت فما كان يصلح للرجال فهو للرجال
وما كان يصلح للنساء فهو للنساء وما كان يصلح لهما فهو بينهما)

إذا اختلف الزوجان في قاش البيت أو في بعضه فقال كل واحد منهما جيمه لي أو قال كل
واحد منهما هذه المين لي وكانت لأحدهما بيئة ثبت له بلا خلاف، وإن لم تكن لواحد منهما بيئة
فالمقصود عن أحمد أن ما يصلح للرجال من المائيم وقصائهم وجبايهم والاقية والطياصة والسلاح
وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه وما يصلح للنساء كحليهن وقصهن ومقافهن ومغازلهن
(المغني والشرح الكبير) (٢٣) (الجزء الثاني عشر)

لكل واحد منهما بينة بما يدعيه فقد تعارضت بينتهما فالنصف لمدي الكل والنصف الآخر بيني على الخلاف في أي البنتين تقدم وشاهر المذهب تقديم بينة المدعي فتكون الدار كلها لمدي الكل وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه فإن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها فالنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما في النصف الآخر فن خرجت له القرعة حار وكان له وإن كان لكل واحد بينة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بينة لهما، وإن قلنا تستعمل البنتان أقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين

(والثاني) يقسم النصف المختلف فيه بينهما فيصير لمدي الكل ثلاثة أرباعها (فصل) فإن كانت الدار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الآخر سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم وليس فيها اختلاف ولا نجا حد فإن ادعى كل واحد منهم أن باقي الدار ودية أو عارية معي وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بينة قضي له به لأن بينته تشهد له بما ادعاه ولا معارض لها، وإن لم تكن لواحد منهما بينة حلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها (فصل) فإن ادعى أحدهم جميعها وادعى الآخر نصفها والآخر ثلثها فإن لم تكن لواحد منهم بينة قسمت بينهم أثلاثاً وعلى كل واحد منهم المئين على ما حكم له به لأن يد كل واحد منهم على ثلثها وإن

فالقول قول المرأة مع يمينها وما يصلح لها كالمفارش والأواني فهو بينهما وسواء كان في أيديهما من طريق الحكم أو من طريق المشاهدة وسواء اختلفوا في حال الزوجية أو بعد البينة وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثه الآخر

قال أحمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان في الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعي المرأة التنازع: فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام أن يكون للرجل وللنساء فهو بينهما، فإن كان التنازع على يدي غيرها فن أقام البينة دفع إليه وإن لم تكن لهما بينة أقرع بينهما فن كانت له القرعة حاف وأعطى التنازع وقال في رواية مهنا وكذلك إن اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى لأن أيديهما جميعاً على قماش البيت بدليل ما لو نازعها فيه اجنبي كان القول قولها وقد يرجح أحدهما على صاحبه يداً وتصرفاً فيجب تقديمه كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها أو قبضا أحدهما لابسها والآخر أخذ بكمه أو جداراً متصلاً بجداريهما معقوداً ببناء أحدهما

(مسئلة) (وإن اختلف صانعا في قماش دكان لما حكم بالآلة كل صناعة لصاحبها في ظاهر كلام أحمد والخري) لما ذكرنا فيما إذا اختلف الزوجان في قماش البيت فآلة العطار له وآلة النجارين للنجار فإن لم يكونا في دكان واحد ولكن اختلفا في عين لم يوجب أحدهما بصلاحية المين المختلف له فيها كما يذكر في مسألة الزوجين بعد وقال القاضي هذا إنما هو إذا كانت أيديهما عليه من طريق

كانت لأحدهم بيعة نظرت فإن كانت لمدعي الجميع فهي له وإن كانت لمدعي النصف أخذه والباقي بين الآخرين نصفين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر على الربع الذي يأخذه جميعه فإن كانت البيعة لمدعي الثلث أخذه والباقي بين الآخرين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه وإن كانت لكل واحد بما يدعيه بيعة فإن قلنا تقدم بيعة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثاً لأن يد كل واحد منهم على الثلث وإن قلنا تقدم بيعة الخارج فينبغي أن تسقط بيعة صاحب الثلث لأنها داخلية ولمدعي النصف السدس لأن بيعة خارجه فيه ولمدعي الكل خمسة أسداس لأن له السدس بغير بيعة أكونه لا منازع له فيه فإن أحداً لا يدعيه وله الثلثان لكون بيعة خارجه عنهما وقيل بل لمدعي الثلث السدس لأن بيعة مدعي الكل ومدعي النصف تعارضتا فيه فتساقطتا وبقي لمن هو في يده ولا شيء لمدعي النصف لعدم ذلك فيه وسواء كان لمدعي الثلث بيعة أو لم تكن وإن كانت العين في يد غيره فهو اعتراف أنه لا يملكها ولا بيعة لهم فالنصف لمدعي الكل لأنه ليس منهم من يدعيه وقرع بينهم في النصف الباقي فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو لصاحب النصف حلف وأخذه، وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين في السدس فن قرع صاحبه حلف وأخذه وإن أقام كل واحد منهم بيعة بما ادعاه فالنصف لمدعي الكل لا ذكرنا والسدس الزائد يقتارعه

الحكم أنا ما كان في يد أحدهما من طريق الشهادة فهو له مع يمينه، وإن كان في أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما أو لاحدهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن إلا أنها قالوا ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه، وإذا اختلف أحدهما وزنه الآخر فالقول قول الباقي، لأن اليد الشهادة أقوى من اليد الحكمية بدليل ما لو تنازع الخياط وصاحب الدار في الابرة والمقص كانت الخياط وقال أبو يوسف اتقول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهازاً مثلها وقال مالك ما صلح لكل واحد منهما فهو له وما صلح لهما كان للرجل سواء كان في أيديهما من طريق الشهادة أو من طريق الحكم لأن البيت للرجل ويده عليه أقوى لأن عليه السكنى وقال الشافعي وزفر والبي ما كان في البيت فهو لهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه وروي ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لأنهما تساويا في ثبوت يدهما على الدعي وعدم البيعة فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالذي يصلح لهما أو كما لو كان في يدهما من حيث الشهادة عند من سلم ذلك ولا أن يديهما جميعاً على متاع البيت بدليل ما لو نازعها فيه اجنبي كان القول قولها وقد يرجح أحدهما على صاحبه يداً وتصرفا فيجب أن يقدم كما لو تنازعا دابة أحدهما راكباً والآخر أخذ بزمامها أو جداراً متصلاً بداريهما معقوداً ببناء أحدهما وله أزج

ولنا على أبي حنيفة والقاضي أنهم تنازعا فيما في أيديهما ما أشبه إذا كان في اليد الحكمية، فاما ما كان

مدعي الكل ومدعي النصف واثلاث يدعيه الثلاثة وقد تعارضت البيئات فيه فان قلنا تسقط البيئات
أقرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن
لم بيئة وهذا قول أبي عبيد وقول الشافعي اذا كان بالعراق

وعلى الرواية التي تقول اذا تعارضت البيئات قسمت العين بين المتداعين فمدعي الكل النصف
ونصف السدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث وثلث الثلث وثلث الثلث وثلث الثلث وثلث الثلث وثلث الثلث
الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسئلة من ستة وثلاثين سهما لمدعي الكل النصف ثمانية عشر سهما
ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهما ولصاحب النصف سبعة وثلث
الثلث أربعة وهو التسع وهذا قياس قول قتادة والحارث المكي وابن شبرمة وحامد وأبي حنيفة
وهو قول للشافعي ، وقال أبو ثور يأخذ مدعي الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين ويروى هذا
عن مالك وهو قول للشافعي

وقال ابن أبي ليلى وقوم من أهل العراق تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب
الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهران فتصح من أحد عشر سهما
وسئل سهل بن عبد الله بن أبي نوس عن ثلاثة ادعوا كسبا وهو بأيديهم ولا بيئة لهم
وحلف كل واحد منهم على ما ادعاه ، ادعى أحدهم جميعه ، وادعى آخر ثلثيه ، وادعى آخر نصفه
فاجاب فيهم بشعر يقول :

يصلح لهما فانه في أيديهما ولا مزية لاحدهما على صاحبه أشبه اذا كان في أيديهما من جهة المشاهدة
والدلالة على انه ليس للباقي منهما ان وارث الميت قائم مقامه أشبه ما لو جعل احدهما لنفسه وكيفا
(فصل) فأما اذا لم تكن لاحدهما يد حكمية بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قرش بينهما
فلا يرجح احدهما بصلاحيه ذلك له بل ان كانت في أيديهما فهي بينهما وان كانت في يد احدهما
فهي له وان كانت في يد غيرهما اقترا عليها فمن خرجت له القرعة فهي له واليمين على من حكمنا
له بها في كل الواضع لانه ليس لهما يد حكمية فاشبهما سائر المختلفين

❖ مسألة ❖ (وكل من قلنا هو له فهو له مع يمينه اذا لم تكن بيئة) لاحتمال ما ادعاه خصمه

❖ مسألة ❖ (وان كان لاحدهما يد حكمية حكم له بها)

وجملة ذلك ان البيئة اذا كانت للمدعي وحده وكانت العين في يد المدعي عليه حكم باليمين
للمدعي بغير خلاف ولم يحلف وهو قول أهل الفتيا من أهل الامصار منهم الزهري والثوري وأبو
حنيفة ومالك والشافعي وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشمعي وابن أبي ليلى يستحلف
الرجل مع بيته قال شريح لو أثبت كذا وكذا شهداء عندي ما قضيت لك حتى تحلف
ولنا قول النبي ﷺ « البيئة على المدعي واليمين على المدعي عليه » ولان البيئة احل حجتي الدعوى

نظرت أبا يعقوب في الحساب التي طرت فأقامت منهم كل قاعد
فللمدعي الثلثين ثلث والذي استلأط جميع المال عند التحاشد
من للمال نصف غير ما سينو به وحصته من نصف ذا المال زائد
وللمدعي نصفاً من المال رتبة ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب المول فكان السئلة عالت من ستة إلى ثلاثة عشر وذلك
انه أخذ مخرج الكسور وهي ستة فجعلها للمدعي الكل وثلاثها أربعة للمدعي الثلثين ونصفها ثلاثة
للمدعي النصف صارت ثلاثة عشر

(فصل) أن كانت الدار في أيدي أربعة تدعى أحدهم جميعها والثنائي ثلثها والثالث نصفها والرابع
ثلثها ولا يئنة لهم حنف كل واحد وله ربعها لأنها في يده فقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن أقام
كل واحد منهم بما ادعاه يئنة قسمت بينهم أربعاً أيضاً لانتان قلنا تقدم يئنة الداخل فكل واحد منهم
داخل في ربعها فتقدم يئته فيه وإن قلنا تقدم يئنة الخارج ذن الرجابين إذا ادعيا عيناً في يد غيرهما
فأنكرهما وأقام كل واحد منهما يئنة بدعواه تعارضتا وقر الشيء في يد من هو في يده وإن كنت
الدار في يد خامس لا يدعيها ولا يئنة لواحد منهم بما ادعاه فالثالث للمدعي الكل لأن احدا لا يئزعه
فيه ويقرع بينهم في الباقي ذن خرجت اقرعة لصاحب الكل أو للمدعي الثلثين أخذه وإن وقعت

فيكتفى بها كاليمين إذا ثبت ذلك قدل اصحابنا لافرق بين الحاضر والغائب والحى واليت والعقل
والجنون والصحير والكبير وقال الشافعي إذا كان الشهود عليه لا يبر عن نفسه الحلف المشهود له
لانه لا يبر عن نفسه في دعوى اتضا والابراء فيقوم الحكم مقامه في ذاك لنزول الشبهة قال شيخنا
وهذا حسن فان قيام اليئنة للمدعي بثبوت حقه لا ينفى احتمال اقضاء والابراء بدليل ان المدعى عليه
لو ادعاه سمعت دعواه ويئته إذا كان حاضراً فكأنما قسوته عن الدعوى دليل على انتفائه فيكتفى
باليئنة فان كان غائباً او ممن لا قول له بقي احتمال ذاك من غير دليل يدل على انتفائه فتشريع اليمين
لنفيه وان لم تكن للمدعي يئنة وكانت المنكر يئنة سمعت يئته ولم يحتج الى الحلف معها لانا ان
قلنا بتقديمها مع اتمارض وانه لا يحلف معها فمع افرادها اولي ، وان قلنا بتقديم يئنة المدعى عليه
فيجب ان يكتفى بها عن اليمين لانها اقوى من اليمين فاذا اكتفى باليمين فيما هو اقوى منها اولي
ويحتمل ان تشريع ايضا لان اليئنة ههنا يحتمل أن يكون مستنداً اليد والتصرف فلا نفيد الا
ما افادته اليد والتصرف لا ينفى عن اليمين فكذلك ما قام مقامه

(مستلة) (وان كان لكل واحد منهما يئنة حكم بها للمدعي في ظاهر المذهب ، وعنه إن

لمدعي النصف اخذه وأقرع بين الباقيين في الباقي وإن وقعت لصاحب الثلث اخذه وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي وهذا قول أبي عبيد والشافعي اذ كان بالعراق الا أنهم ذهبوا عنه بعبارة أخرى فقالوا للمدعي السكل الثلث ويقرعه بينه وبين مدعي الثلثين في السدس الزائد عن النصف ثم يقرع بينهما وبين مدعي النصف في السدس الزائد عن الثلث ثم يقرع بين الأربعة في الثلث الباقي ويكون الأقرع في ثلاثة مواضع ، وعلى الرواية الأخرى الثلث المدعي السكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعي الثلثين ثم يقدم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعي النصف أثلاثاً ثم يقسم الثلث الباقي بين الأربعة أرباعاً وتصح المسئلة من ستة وثلاثين سهماً لصاحب السكل ثلثها اثنا عشر ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة وثلاثون السدس الزائد عن الثلث سهمان وربيع الثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهماً وهي خمسة أضع الدار والمدعي الثلثين ثمانية أسهم تسهوان وهي مثل ما للمدعي السكل بعد الثلث الذي انفرد به والمدعي النصف خمسة أسهم تسع وربيع تسع والمدعي الثلث ثلاثة نصف السدس ، وعلى قول من قسمها على العول هي من خمسة عشر لصاحب السكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان وعلى قول أبي ثور لصاحب السكل الثلث ويوقف الباقي حتى يتبين

شبهت بينة المدعي عليه أنها له تنجبت في ملكه أو قطيعة من الامام قدمت بينته وإلا فهي للمدعي بينته وذلك القاضي فيها اذا لم يكن مع بينة الداخل ترجيح لم يحكم بها رواية واحدة وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنها مقدمة بكل حال

وجملة ذلك ان من ادعى عينا في يد غيره فأنكره وأقام كل واحدة منهما بينة حكم بها للمدعي بينته وتسمى بنة الخارج وبينته المدعي عليه تسمى بينة الداخل وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما إذا تعارضتا فالمشهور عنه قدم بنة المدعي ولا تسمع بينة المدعي عليه بحال وهذا اختيار الخلفي وهو قول اسحاق وعنه رواية ثانية ان شهدت بينة الداخل بسبب الملك قتالت تنجبت في ملكه أو اشتراها أو نسبها أو كانت بينته اقدم تاريخاً قدمت وإلا قدمت بينة للمدعي وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في التنازع والنساج فيما لا يتكرر نسجه ، وأما ما يتكرر نسجه كالخز والصوف فلا تسمع بينته لأنها اذا شهدت بالسبب فقد اهدت مالا تفيد به اليد وقد روى جابر بن عبد الله ان النبي ﷺ اختصم اليه رجلان في ذابة أو بعير فقام كل واحد منهما اليه فأنه أنتجها فقضى بها رسول الله ﷺ والذي هي في يده ، وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة ان بينة المدعي عليه تقدم بكل حال وهو قول شريح والشعبي والحكم والشافعي وأبي عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروي ذلك عن طاوس وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال لا تقدم بينة الداخل اذا لم تعد الا ما افادته يده رواية واحدة واحتج من ذهب الي تقديم بينة المدعي عليه بان جنبته أقوى لان الاصل معه وبينته تقدم

﴿مسئلة﴾ قال (ولو كانت الدابة في يد غيرهما واعترف أنه لا يملكها وإنما لاحدهما لا يعرفه عينا قرع بينهما فن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه)

وجعلته ان الرجلين إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولا يئنة لهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف فله وإن اعترف أنه لا يملكها وقال لا اعرف صاحبها أو قل هي لاحد كما لا أعرفه عينا أقرع بينهما فن قرع صاحبه حلف أنها سلمت إليه لما روى ابو هريرة ان رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما يئنة فأمرهما النبي ﷺ أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها روى أبو داود ولاهما تساوي في الدعوى ولا يئنة لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوي كما لو اعتق عبيداً لا مال له غيرهم في مرض موته ، وأما ان كانت لاحدهما يئنة حكم بها بغير خلاف فله وإن كانت لكل واحد منهما يئنة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب

(أحدهما) تسقط البيئتان ويقترع المدعيان على اليمين كما لو لم تكن يئنة وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخري لأنه ذكر القرعة ولم يفرق بين أن تكون معهما يئنة أو لم تكن وروي هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال إسحاق وأبو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قول الشافعي وذلك لما روى ابن السيب أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في أمر وجاء كل منهما بشهود

على يمين المدعي فإذا تعارضت البيئتان وجب ابقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن يئنة لواحد منهما وحديث جابر يدل على هذا فإنه إنما قدم بيئته ليده

ولنا قول النبي ﷺ «اليئنة على المدعي واليمين على المدعى عليه» فجعل جنس اليئنة من جنبه المدعي فلا يبقى في جنبه المدعى عليه يئنة ولان يئنة المدعي أكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم يئنة الجرح والتعديل ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن ويئنة الذكراً إنما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة ولان الشهادة بالملك يجوز ان يكون مستندة برؤية اليد وانصرف فان ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البيئنة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليه يئنة المدعي كما تقدم اليد كما ان شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الاصل لم تكن لما مزبة عليهما

(فصل) وأي البيئتين قدمناها لم يحلف صاحبها وقل الشافعي في أحد قوله يستحلف صاحب اليد لان البيئتين سقطتا بتعارضهما فصارتا كن لا يئنة لهما فيحلف الداخل كولو لم تكن لواحد منهما يئنة ولنا ان إحدى البيئتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تعارض خبران خاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ولا نسلم ان البيئنة الراجحة تسقط وإنما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة

﴿مسئلة﴾ (وان أقام الداخل بيئته أنه اشتراها من الخارج وأقام الخارج بيئته أنه اشتراها

١٨٤ حكم ما لو كانت الدابة في يدغيرهما واعترف انه لا يملكها [المعنى والشرح الكبير]

مدول على عدة واحدة فأسهم النبي ﷺ بينهما رواه الشافعي في مسنده ولان البيتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لاحدهما على الاخرى فسقطتا كالخبرين

(والرواية الثانية) تستعمل البينتان وفي كيفية استعمالهما روايتان (احدهما) تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلي وقنادة وابن شبرمة وحامد وأبي حنيفة وقول الشافعي لما روى أبو موسى ان رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بعير وأقام كل واحد منهما البينة انه له فقضى رسول الله ﷺ به بينهما نصفين ولانهما تساويا في دعواه فيساويان في قسمته

(والرواية الثانية) تقدم احدهما بالقرعة وهو قول الشافعي وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبين وهو قول أبي ثور لانه اشتبه الأمر فوجب التوقف كالحاكم إذا لم يتضح له الحكم في قضيته . ولنا الخبران وان تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالخبرين بل إذا تمذرا لترجيح أسقطناهما ورجعنا إلى داليل غيرهما . إذا ثبت هذا قلنا إذا قلنا إن البينتين تسقطان أقرع بينهما فن خرجت له قرعته حلف وأخذها كما لو لم تكن لها بينة ، وان قلنا يعمل بالبينتين ويقرع بينهما فن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعي لان البينة تغني عن اليمين ، وقال أبو الخطاب عليه اليمين مع البينة ترجيحاً لها وعلى هذا أقول تكون هذه الرواية كالأولى في هذا الحكم وإنما يظهر الفرق بينهما في شيء آخر سنذكره ان شاء الله تعالى .

من الداخل فقال القاضي تقدم بيعة الداخل لا الخارج في المعنى وقيل تقدم بيعة الخارج)

قول النبي ﷺ « البينة على المدعي »

(فصل) إذا ادعى الخارج ان العين ماله وأنه أودعها الداخل أو اعاره اياها أو اجرها منه ولم تكن لواحد منهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه لان لم فيه خلافا وان كان لكل واحد منهما بينة قدمت بيعة الخارج وهو قول الشافعي وقال افاضي بيعة الداخل مقدمة لانه هو الخارج في المعنى كالمسئلة قبلها لانه ثبت ان المدعي صاحب اليد فان يد الداخل نائبة عنه

ولنا قول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فتكون البينة للمدعي كما لو لم يدع الايداع . بحقته ان دعواه الايداع زيادة في حجته وشهادة البينة بها تقوية لها فلا يجوز ان تكون مسئلة لبينته ، وان ادعى الخارج ان الداخل غصبه اياه واقاما بينتين قضى للخارج ويقتضي قول القاضي انها للداخل والاول ما ذكرناه

(فصل) فان كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسواقها وباقها في يد آخر فادعاهما كل واحد منهما جميعها ولا بيعة لها ولا لاحدهما فلكل واحد منهما ما في يده مع يمينه وان اقاما بينتين وقلنا تقدم بيعة الداخل فلكل واحد منهما ما في يده من غير يمين وان كان في يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما ان الشاة التي في يد صاحبه له ولا بيعة لها حلف كل واحد منهما

(فصل) فإن أنكرهما من العين في يده وكانت لاحدهما بينة حكم له بها وإن أقام كل واحد منهما بينة فإن قلنا تستعمل البيئتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة أو تدفع إلى من تخرج له القرعة على قول من يرى ذلك وإن قلنا تسقط البيئتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن لهما بينة وإن أقر بها بعد ذلك لهما أو لاحدهما قبل إقراره وإن أقر بها في الابتداء لاحدهما صار المقر له صاحب اليد لأن من هي في يده مقر بان يده ذنبه عن يده ، وإن أقر لهما جميعاً فاليد لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر له به لذلك .

(فصل) وإن تداعيا عينا في يد غيرهما فقال هي لاحدكما لا أعرفه عينا أو قال لا أعرف صاحبها فهو أحدكما أو غير كما أو قل أو دعني أحدكما أو رجل لا أعرفه عينا فادعى كل واحد منهما أنك تعلم أي صاحبها أو أي الذي أودعتكما أو طالبت يمينه لزمه أن يحلف له لأنه لو أقر له لزمه تسليمها إليه ومن لزمه الحق مع الإقرار لزمته اليمين مع الانكار ويحلف على مادعاه من نفي العلم وإن صدقه فلا يمين عليه وإن صدقه أحدهما حلف للآخر وإن أقر بها لواحد منهما أو غيرهما صار المقر له صاحب اليد فإن قل غير المقر له أحلف لي أن اليمين ليست ملكي أو أنني لست أودعتكما لزمه اليمين على مادعاه من ذلك لم ذكرنا وإن نكل عن اليمين قضى عليه بقيمتها وإن اعترف بها لهما كان الحكم فيها كما لو كانت في أيديهما ابتداء وعليه اليمين لكل واحد منهما في النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به .

لصاحبه وكانت الشاة التي في يده له وإن أقاما يمينتين فلكل واحد منهما شاة تأتي في يد صاحبه ولا تنازع بينهما وإن كان كل واحد قل هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج شاتي هذه فالتنازع في النتاج لافي الملك وإن ادعى واحد منهما أن الشاتين له دون صاحبه وأقاما يمينتين مارضتا وأنبي ذلك على القول في بينة الداخل والخارج فنقدم بينة الخارج جعل لكل واحد منهما ما في يد الآخر ومن قدم بينة الداخل أو قدمها إذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما ما في يده

(فصل) إذا ادعى زيد شاة في يد عمرو وأقام بها بينة فحكم له بها حاكم ثم ادعاه عمرو على زيد وأقام بها بينة فإن قلنا بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو لأن بينة زيد مقدمة عليها وإن قلنا بينة الداخل مقدمة نظرنا في الحكم كيف وقع ؟ فإن كان حكم بها لزيد لأن عمرا لا بينة له ردت إلى عمرو لأنه قد قامت له بينة واليد كانت له وإن كان حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه لأنه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضا وردها الحاكم ففسقها ثم عدلت لم ينقض الحكم أيضا لأن الفاسق إذا شهد عند الحاكم بشهادة فردها ففسقه ثم ادعاه بعد لم تقبل وإن لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض لأنه حكم حاكم الأصل جريانه على الصحة والعدل فلا ينقض بالاحتمال وإن جاء ثالث فادعاه وأقام بها بينة فبينته وبينه زيد متارضتان ولا

(فصل) وإذا كان في يد رجل دار فادعاها نفسان قال أحدهما آجرتكما وقال الآخر هي داري اعرتكما أو قال هي داري ورثتها من أبي أو قال هي داري ولم يذكر شيئاً آخر فأنكرها صاحب اليد وقال هي داري فالقرل قوله مع يمينه وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها ، وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى إلا على الرواية التي تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب فإن بينة من ادعى أنه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب وإن أقام أحدهما بينة أنه غصبها منه وأقام الآخر بينة أنه أقر له بها فهي للمغصوب منه ولا تعارض بينهما لأن الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا وأقر بها لغيره وإقرار الناصب باطل وهذا مذهب الشافعي فتدفع إلى المغصوب منه ولا ينرم للقر له شيئاً لأنه ماحل بينه وبينها وإنما حلت البينة بينهما ولو أقر بها لأحدهما أو أقر أنه غصبها من غيره لزمه تسليمها إلى من أقر له بها أولاً ولزمه غرامتها للآخر لأنه حل بينه وبينها بإقراره الأول .

(فصل) نقل ابن منصور عن أحمد في رجل أخذ من رجلين ثوبين أحدهما بعشرة والآخر بعشرين ثم لم يدر أيهما ثوب هذا فادعى أحدهما ثوباً من هذين اثوبين يعني وادعاه الآخر يقرع بينهما فأيهما أصابته أقرعة حلف وكان الثوب الجيد له والآخر للآخر ، وإنما قال ذلك لأنهما تنازعا عيناً في يد غيرهما

يحتاج زيد إلى إقامة بينة لأنها قد شهدت مردها سواء في الشهادة حل انتازع فلم يحتج إلى إعادتها كالبينة إذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حلالها ثم بانت عدائهما فأنها تقبل ويحكم بها من غير إعادة شهادتهما كذاهما

(فصل) وإذا كان في يد رجل شاة فادعاها رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بينة وادعى الذي هي في يده أنها في يديه منذ سنتين وأقام بذلك بينة فهي للعدعي بغير خلاف لأن بينته تشهد له بالملك وبينه الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لا يمكن الجمع بينهما بأن تكون اليد عن غير ملك فكانت بينة الملك أولى وإن شهدت بينته بأنها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحان تقديم انتازع من بينة الداخل وكون الأخرى بينة الخارج ففيه رواية (إحداها) تقدم بينة الخارج وهو قول أبي يوسف ومحمد وأبي ثور ويقتضيه عموم كلام الخرق لقوله عليه الصلاة والسلام «البينة على أدمي» ولأن بينة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيد اليد فاشبهت الصورة الأولى (والثانية) تقدم بينة الداخل وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها تضمنت زيادة وإن كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل أنه يملكها منذ سنة وشهدت بينة الخارج أنه يملكها منذ سنتين قدمت بينة الخارج إلا على الرواية التي تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين في التي قبلها وظاهر مذهب الشافعي تقديم بينة الداخل على كل حال وقال بعضهم فيها

فصل إذا تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لي اشتريتها من زيد بمائة وتقدته إياها ولا بينة لواحد منهما فإن أنكرهما زيد حلف وكانت العين له وإن أقر بها لأحدهما سلمها إليه وحلف للآخر وإن أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها وإن قال لا أعلم لمن هي منكما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها وإن حلف البائع أنها له ثم أقر بها لأحدهما سلمت إليه ثم إن أقر بها للآخر لزمت غرامتها له وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة نظرنا فإن كانت البيئتان مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل أن يدعي أحدهما أنه اشتراها في المحرم وادعى الآخر أنه اشتراها في صفر وشهدت بينة كل واحد منهما للآخر بدعواه فهي للاول لأنه ثبت أنه باعها للاول فزال ملكه عنها فيكون بيعه في صفر باطلا لكونه باع ما لا يملكه ويطالب برد الثمن وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين أو أحدهما مطلقة والآخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع فينظر في العين فإن كانت في يد أحدهما انبنى ذلك على الخلاف في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هي في يده ومن قدم بينة الخارج جعلها للخارج وإن كانت في يد البائع وقلنا تسقط البيئتان رجع إلى البائع فإن أنكرهما حلف لهما وكانت له وإن أقر لأحدهما سلمت إليه وحلف للآخر وإن أقر لهما فهي بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم تكن لهما بينة وإن قلنا لا تسقط البيئتان لم يلتفت إلى إنكاره ولا اعترافه وهذا.

قولان فإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الداخل ذكره القاضي وهو قول أبي ثور فإن اتفق تاريخ البيئتين إلا أن بينة الداخل تشهد بنتاج أو شراء أو غنيمة أو ارث أو هبة من مالك أو قطعة من الامام أو سبب من اسباب الملك ففي أيهما يقدم روايتان ذكرناهما فإن ادعى أنه اشتراها من الآخر قضيه بها لأن بينة الابطح شهدت بأمر حداث خفي على البينة الأخرى قدمت عليها كما تقدم بينة الجرح على التمديل

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (القسم الثاني أن تكون العين في أيديهما فيتحالان وتقسم بينهما)

وجملة ذلك أنه إذا تنازع نفسان في عين في أيديهما فادعى كل واحد منهما أنها له دون صاحبه ولم تكن لهما بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين لأنهم في هذا خلافا لأن يد كل واحد منهما على نصفها وأقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا جميعاً عن اليمين فكذلك لأن كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعها لأنه يستحق ما في يده بيمينه وما في يد الآخر بنكوله أو بيمينه التي ردت عليه بنكول صاحبه، وإن كان لأحدهما بينة دون الآخر حكم له بها بغير خلاف علمناه لأنه يرجع بالبينة

﴿مسئلة﴾ (وإن تنازعا مسنة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفا وهي بينهما)

لأنها حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه كما لو تنازعا حائطا بين داريهما وفي كل موضع قلنا

وهذا قول القاضي وأكثر أصحاب الشافعي لأنه قد ثبت زوال ملكه وأن يده لاحكم لها فلا حكم لقوله
فمن قال يقرع بينهما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه وهذا قول القاضي لم يذكر
شيئاً سوى هذا ومن قال تقسم بينهما قسمت وهذا ذكره أبو الخطاب

وقد نص عليه أحمد في رواية الكوسج في رجل أقام البيعة أنه اشترى ساعة بمائة راقم الآخر بيعة
أنه اشتراها بمائتين فكل واحد منهما يستحق النصف من الساعة بنصف الثمن فيكونان شريكين
وحمل القاضي هذه الرواية على أن العين في أيديهما أو على أن البائع أقرلها جميعاً وأطلق الرواية
بدل على صحة قول أبي الخطاب

فعلى هذا إن كان المبيع مما لا يدخل في ضمان المشتري إلا بتبضه فكل واحد منهما الخيار لان
الصقعة تبعضت عليه فإن اختاراً الامساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن وإن اختاراً الفسخ رجع
كل واحد منهما بجميع الثمن وإن اختار أحدهما الفسخ توفرت السلفة كلها على الآخر إلا أن
يكون الحكم قد حكم له بنصف السلفة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر إليه . وهذا قول
الشافعي في كل مبيع

(فصل) فإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة وهي ملكه وادعى الآخر أنه اشتراها
من عمرو وهي ملكه وأقام كل واحد منهما بدعواه بيعة فنه تشبه التي قبلها في المعنى قال كانت في

هو بينهما نصفين، إنما يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يجعله له دون ما لا يحصل له
(مسئلة) (وان تمازعا صديقاً في يديهما فكذلك)

لان يديهما عليه واليد دليل الملك والطفل لا يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والتابع إلا أن يعترف
أن سبب يده غير الملك مثل أن يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه لان اللقيط محكوم بحريته فاما غيره
فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه فعلى هذا إذا بلغ فادعى الحرية لم تسمع دعواه
لانه محكوم برقه قبل دعواه فاما ان كان مميزاً فقال إني حر منعا منه إلا ان تقوم بيعة برقه لان
الظاهر الحرية وهي الاصل في بني آدم والرق طارئ عليها فان كان له بيعة قدمت البيعة لانها تقدم
على الاصل لانها تشهد بزيادة ويحتمل أن يكون كالطفل فيكون بينهما لانه غير مكلف أشبه الطفل
والاول أولى لان المميز يصح تصرفه بالوصية ويلزم بالصلاة أشبه البالغ ولانه يعرب عن نفسه في
دعوى الحرية أشبه البالغ فاما البالغ إذا ادعى رقه فأنكر لم يثبت رقه الا بيعة وان لم تكن له بيعة فلقول
قوله مع يمينه في الحرية لانها الاصل وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي فإن ادعى رقه اثنتان
فاقرلها بالرق ثبت رقه فان ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لاحدهما فهو ان اعترف له وبه قال
الشافعي وقول ابو حنيفة يكون بينهما ثلثين لان يدهما عليه فاشبه الطفل والثوب
ولنا أنه إنما ثبت رقه باعتراؤه فكأن مملوكاً لمن اعترف له كما لو لم تكن يده عليه ويخالف الثوب

يد أحد المشتريين انبنى ذلك على الروايتين في تقديم بينة الداخل والخارج وإن كانت في يديهما قسمت بينهما لأن بينة كل واحد منهما داخلية في أحد النصفين خارجة في النصف الآخر وإن كانت في يد أحد البائعين فانكرها وادعاهما لنفسه فإن قلنا تسقط البيعتان حلف وكنيت له وإن أقر بها لأحدهما صار الداخل إلا أن يقر له بعد أن يحلف أنها له وإن قلنا تقدم أحدهما بالقرعة فهي لمن تخرج له "قرعة مع يمينه، وإن قلنا تقسم بينهما قسمت ورجع كل واحد منهما بنصف فتمها وإن كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس المقد أو كان المشتري مقرراً بقبضه فلا خيار لواحد منهما ولا رجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع وإن كان من السكيل والوزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والامضاء فإن اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر لأن "بائع اثنان بخلاف التي قبلها

(فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه وأقام بذلك بينة فالحكم في هذه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنني اشتريتها منه على ما مضى من التفصيل فيه. وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو أحدهما تعارضتا، وإن قدم تاريخ أحدهما قبل ترجيح بذلك على وجهين فاما إن شهدت البينة أنه أقر بغصبها من كل واحد منهما لزمه دفعها إلى الذي أقر له بها أولاً ويفرم قيمتها للآخر

(فصل) فإن ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بالف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما

والطفل فإن الملك حصل فيهما باليد وقد تساوى فيها وهما حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصاً به فإن أقام كل واحد بينة أنه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرعه بينهما أو يقسم بينهما على ما مر من التفصيل فإن قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر وإن اعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له وإن أقر لهما معاً فهو بينهما لأن "بيعتين سقطتا فصارتا كالمعدومتين وإن قلنا بالقرعة أو بالقسمة فانكرها لم يلتفت إلى إنكاره فإن اعترف لأحدهما لم يلتفت إلى اعترافه لأن رقه ثابت بالبينة فلم يبق له يد على نفسه كقولنا فيما إذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث وأقام كل واحد بينة أنها ملكه واعترف أنها ليست له ثم أقر أنها ليست له ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجع باقراره

﴿مسئلة﴾ (وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها لأنه ترجح بالبينة وإن كان لكل واحد منهما

بينة قدم اسبقهما تاريخاً فن وقتت أحدهما وأطلقت الأخرى فهما سواء ويحتمل تقديم الطالقة)

أما إذا أقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما نصفين وهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لما روى أبو موسى أن رجلاً اختصم إلى رسول الله ﷺ في بئر فاقام كل واحد منهما شاهدين فبقي رسول الله ﷺ بالبئر بينهما نصفين رواه أبو داود ولأن كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج في نصفها فتقدم بينة كل واحد منهما

مثل أن يقول كل واحد منهما اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فها متعارضتان فإن قلنا تستفظان رجوع إلى قول المدعي عليه فإن أنكرهما حلف لهما وبرئ وإن أقر لاحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر، وإن أقر لهما معاً فعليه لكل واحد منهما الثمن لأنه يحتمل أن يشتريها من أحدهما ثم يهبها للآخر ويشتريها منه. وإن قل اشتريتها منك صفة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله أن يحلفه على الباقي وإن قلنا يقرع بينهما فنخرجت له القرعة وجب له الثمن ويحلف للآخر ويرأ وإن قلنا تقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقي فإن كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو أشداهما مطلقة والآخرى مؤرخة ثبت المقدان ولزمه الثمان لأنه يمكن أن يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه وإذا أمكن صدق البيئتين والجمع بينهما وجب تصديقهما، فإن قيل فلم قلتم أنه إذا كان البائع واحداً والمشتري اثنان فاقام أحدهما بيئة أنه اشتراها في المجرم واقام الآخر بيئة أنه اشتراها في صفر يكون الشراء الثاني باطلاً؟ قلنا لأنه إذا ثبت الملك الأول لم يبطله بان بيئته الثاني ثانياً وفي مسئلتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملكه لأنه لا يجوز أن يشتري ثانياً ملك نفسه ويجوز أن يبيع البائع ما ليس له فافتراءه فإن قيل فإذا كانت البيئتان مطلقتين أو أحدهما مطلقة احتمل أن يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان والأصل براءة ذمة الشهود عليه فلا تشتغل بالشك قلنا أنه متى أمكن صدق البيئتين وجب تصديقهما وإ

فما في يده عند من يقدم بيئة الداخل وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بيئة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين.

﴿مسئلة﴾ (وإن كانت إحداها مقدمة التاريخ وحكم بها له مثل أن تشهد أحداها أنها له منذ سنة وتشهد الأخرى أنها للآخر منذ سنتين فيقدم أسبقهما تاريخاً)

قال القاضي هو قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لأن المقدمة التاريخ أثبتت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البيئة الأخرى فيثبت الملك فيه ولهذا له المداولة بالنماء في ذلك الزمان وتعارضت البيئتان في الملك في الحال فسقطتا وبقي ملك السابق تحت استدامته وأن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته وظاهر كلام الحنفي انتسوية بينهما وهو أحد قولي الشافعي ووجه أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعلم به دون الأول بدليل أنه لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه إياه لقدمت بيئته اتفاقاً فإذا لم يرجح بها فلا أقل من التساوي وقولهم إنه يثبت الملك في الزمان الماضي من غير معارضة قلنا إنما يثبت تبعاً لثبوته في الحال ولو انفرد بان يدعي الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بيئته

﴿مسئلة﴾ (فإن وقت إحداها وأطلقت الأخرى فما سواء) ذكره القاضي ويحتمل أن يحكم به لمن يوقت قاله أبو الخطاب وهو قول أبي يوسف ومحمد

يكن ثم شك وإنما يبقى الوم والوم لا تبطل به البيينة لأنها لو بطلت به لم يثبت بها حق أصلاً لأنه ما من بيينة إلا ويحتمل أن تكون كاذبة أو غير عادلة أو متهمة أو معارضة ولم يلتفت إلى هذا الوم كذا ههنا (فصل) وإذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا العلام ابن هذا الميت لأنهم له وارثاً سواء وشهد آخران لاخران هذا العلام ابن هذا الميت لأنهم له وارثاً سواء فلا تمارض بينهما وثبت نسب العلامين منه ويكون الارث بينهما لأنه يجوز أن تعلم كل بيينة ما لم تعلمه الاخرى

(فصل) وإذا ادعى رجل عبداً في يد آخر أنه اشتراه منه وادعى العبد أن سيده أعتقه ولا بيينة لهما فأنكرهما حلف لهما والعبد له وإن أقر لاحدهما ثبت ما أقر له به ويحلف للآخر وإن أقام أحدهما بيينة بما ادعاه ثبت وإن أقام كل واحد منهما بيينة بدعواه وكانت مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الأولى وبطلت الاخرى لأنه إن سبق المتق لم يصح البيع، لأن بيع الحر لا يباح وإن سبق البيع لم يصح المتق لأنه اعتق عبد غيره فإن قيل يحتمل أنه عاد إلى ملكه فاعتقه قلنا قد ثبت الملك للمشتري فلا يبطله عتق البائع، وإن كانت مؤرختين بتاريخ واحد أو مغللتين أو أحدهما مطابقة تمارضتا لأنه لا ترجيح لاحدهما على الاخرى إن كان في يد المشتري انبج ذلك على الخلاف في تقديم بيينة الداخل والخارج فإن قدمنا بيينة الداخل فهو للمشتري وإن قدمنا بيينة الخارج قدم المتق لأنه

ولنا أنه ليس في إحداهما ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواءهما كما لو أطلنا أو استوى تاريخهما

﴿مسألة﴾ (وإن شهدت أحدهما بالملك والاخرى بالملك والتنازع أو سبب من أسباب الملك فهل يرجح بذلك؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يرجح به وهو اختيار الخرقي لأنها تساوت فيما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما في الحكم

(والثاني) تقدم بيينة التنازع وما في معناه وهو مذهب أبي حنيفة لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والاخرى خفي عليها ذلك فيحتمل أن تكون شهادتها مستندة إلى مجرد اليد والتصرف فتقدم الأولى عليها كتقديم بيينة الجرح على التعديل، وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرها.

﴿مسألة﴾ ولا تقدم أحدهما بكثرة العدد ولا اشتهاار العدالة ولا الرجلان على الرجل والمرأتين ويقدم الشاهدان على الشاهد والمبين في أحد الوجهين

لا ترجح إحدى البيئتين بكثرة العدد واشتهاار العدالة وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويخرج أن يرجح بذلك مأخوذاً من قول الخرقي ويقدم الأعمى أو قهما في نفسه وهذا قول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة ولأنها خبر ولأن الشهادة إنما اعتبرت لنبله الظن بالشهود به

خارج وإن كان في يد البائع وقلنا إن البيتين تسقطان بالتعارض صاراً كمن لا يئنه لهما ويرجع الى السيد فان انكرهما حلف لهما وان اقر بالمتق ثبت ولم يحلف العبد لانه لو اقر بانه ما اعتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة في احلافه ويحلف البائع للمشتري وإن اقر للمشتري ثبت الملك ولم يحلف العبد لانه أنه لو اقر له أنه كان اعتقه لم يلزمه غرم فلا فائدة في احلافه وإن قلنا يستعملان باعتراف لاحدهما لم يرجح باعترافه لان ملكه قد زال ون قلنا ترجح احدي البيتين بالقرعة أقرعنا بينهما فن خرجت قرعته قدمناه قل أبو بكر هذا قياس قول أبي عبد الله فلي هذا يحلف من خرجت له القرعة في أحد الوجهين وان قلنا يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعاً ونصفه حراً ويسري العتق إلى جميعه ان كان البائع موسراً لان البينة قامت عليه بأنه اعتقه مختاراً وقد ثبت المتق في نصفه بشهادتهما

(فصل) اذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل اقرارها لانها اقرت على نفسها وهي غير متهمه فنها لو اردت ابتداء النكاح لم تمنع منه وان ادعاها اثتان فأقرت لاحدهما لم يقبل منها لان الآخر يدعي لك نصفها وهي مترفة أن ذلك قد لك عليها فصار اقرارها بحق غيرها ولانها متهمه فنها لو اردت ابتداء تزويج أحد التذاعين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر فن قيل فلو تداعيا عينا في يد ثالث فأقر لاحدهما قبل قلنا لا يثبت الملك باقراره في العين وانما يجعله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الاقرار به ههنا فان كان لأحد

وإذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن أقوى وقل الاوزاعي تقسم على عدد الشهود فاذا شهد لاحدهما شاهداً وللآخر اربعة قسمت العين بينهما اثلاثاً لان الشهادة سبب الاستحقاق فتوزع الحق عليها ولنا ان الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية بخلاف الخبر فانه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة متفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقاً بهما دون اعتبار الظن ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن وان كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكركين؟ وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال لان كل واحدة من البيتين حجة في المال فاذا اجتمعتا تعارضتا فاما ان كان لاحدهما شاهداً وللآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان :

(احدهما) يتعارضان لان كل واحد منهما حجة بمفرده فاشبه الرجلين مع الرجل والمرأتين (والثاني) يقدم الشاهدان لانهما حجة متفق عليها والشاهد واليمين مختلف فيهما ولان اليمين قوله انفسه والبينة الكلمة شهادة الاجنبيين فوجب تقديمهما كتقديمهما على يمين النكر وهذا الوجه أصبح ان شاء الله تعالى وللشافعي قولان كالوجهين

مسئلة وان تساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما بغير يمين وعنه ثمهما يتعد الظن كمن لا يئنه لهما وعنه أنه يقرع بينهما فن قرع صاحبه حلف وأخذها

المتداعين بينة حكم له بها لأن البينة حجة في النكاح وغيره وإن أقام يمينين تعارضتا وسقطتا وحيل بينهما وبينها ولا يرجح أحد المتداعين بإقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها في بيته ويده لأن اليد لا تثبت على حرة ولا سيبل إلى انقصة ههنا ولا إلى القرعة لأنه لا بد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لما في النكاح

(فصل) إذا قال السيد لبيده إن قُلت فأنْت حر ثم مات فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم لأن الأصل عدم القتل، فإن أقام بينة بدعواه عتق وإن أقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد في أحد الوجهين لأنها تشهد بزيادة وهي القتل (والثاني) تعارضان لأن أحدهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى فيبقى على الرق وإن قال إن مات في رمضان فعبدي سالم حر وإن مات في شوال فعبدي غنم حر ثم مات فادعى كل واحد منهما موته في الشهر الذي يمتق بموته فيه وأنكرهما الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم، وإن أقروا لأحدهما عتق بإقرارهم وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فإنه ثلاثة أوجه

(أحده) تقدم بينة سالم لأن معها زيادة فلم يثبت ما يجوز أن يخفى على البينة الأخرى وهو موته في رمضان

وجملة ذلك أن البينتين إذا تساوتا تعارضتا وقسمت العين نصفين لما ذكرنا من حديث أبي موسى وما ذكرناه من المعنى. واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ روي أنه يحلف وهو الذي ذكره الحرقى لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب إسقاطهما للخبرين إذا تعارضا وتساويا وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهذا أحد قولي الشافعي بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته ويحلف معها

والرواية الأخرى: تقسم بينة بما العين من غير يمين وهو قول مالك وأبي حنيفة والقول الثاني للشافعي وهو أصح إن شاء الله للخبر والمعنى الذي ذكرناه ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين للتساويين لأن كل بينة راجعة في نصف العين على كل واحد من القولين وقد ذكرنا أن البينة يحكم بها من غير يمين وفيه رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له لأحق للآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت في يد غيرهما ذكر هذه الرواية أبو الخطاب والأولى أصح إن شاء الله تعالى للخبر والمعنى.

﴿مسألة﴾ (وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد لم تسمع البينة على ذلك حتى تقول وهي ملكه وتشهد البينة به)

(والثاني) يتعارضان ويبقى العبدان على الرق لأنها سقطا فصارا كمن لا بينة لها
(والثالث) يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة ، وإن قال أن برئت من مرضي هذا فسالم حر
وإن مات منه فقامت حرقات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة
عتق لأنه لا يخلو من أن يكون برىء أو لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج
بالقرعة كما لو اعتق أحدهما فاشكل علينا ويحتمل أن يقدم قول غانم لأن الأصل عدم البرء ، وإن
أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا يتعارضان ويبقى العبدان على الرق وهذا مذهب
الشافعي لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى وثبتت زيادة تنفيها الأخرى ولا يصح هذا القول
لأن التعارض أثره في إسقاط البيتين ولو لم يكونا أصلا لعتق أحدهما فكذلك إذا سقطتا وذلك
لأنه لا يخلو من أحدي الخاتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده كما لو
قال إن كان هذا الطائر غرابا فسالم حر وإن لم يكن غرابا فقد نم حر ولم يعلم حاله وإن كان يحتمل إحتمل
(أحدهما) أن يقرع بينهما كما في مسألة الطائر لأن البيتين إذا تعارضتا قدمت أحدهما بالقرعة في
رواية (والثاني) تقدم بينة سالم لأنها شهدت بزيادة وهي البرء وإن أقر الورثة لأحدهم عتق بأقرارهم
ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا إلا أن يشهد اثنان عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة ويبقى
وحده إذا لم تكن للآخر بينة

(فصل) وإذا ادعى سالم أن سيده أعتقه في مرض موته وادعى عبده الآخر غانم أنه أعتقه

وحجة ذلك أنه متى كان في يد رجل عين فادعى آخر أنه اشتراها من زيد وهي ملكه وأقام بذلك بينة
حكم لها لأنه لا يثبتها من مالها وكذا إن شهدت أنه باعها إياها وسلمها إليه حكم له بها لأنه لم يسلمها إليه
إلا وهي في يده وإن لم يذكر إلا التسليم لم يحكم بها لأنه يمكن أن يبيعه مالا يملكه فلا يزال صاحب
البند فإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد وهي ملكه وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهي
ملكه وأقام بذلك بينتين تعارضتا فإن كانت في يد أحدهما انبنى ذلك على الرويتين في تقديم بينة
الخارج والداخل فإن كانت في أيديهما قسمت بينهما لأن بينة كل واحد منهما داخلية في أحد نصفين
خارجة عن النصف الآخر وإن كانت في يد أحد البائعين فأنكرهما وادعاهما لنفسه فإن قلنا تسقط
البيتان حلف وكانت له وإن أقر بها لأحدهما صار الداخل إلا أن يقر بعد أن يحلف أنها له وإن قلنا
يقدم أحدهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه وإن قلنا تقسم بينهما قسمت ورجع كل أحد
منهما بنصف منها فإن كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس المقد أو كان المشتري مقرأ بقبضه
فلا خيار لو جد منها ولا الرجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع وإن كان من

في مرض موته وكل واحد منهما ثلث ماله فأقام كل واحد منهما بدعواه بينة فلا تعارض بينهما لأن ما شهدت به كل بينة لا ينفي ما شهدت به الأخرى ولا تكذب أحدهما الأخرى فيثبت اعتاقه لهما ثم ينفار فإن كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الأول منهما ورق الثاني إلا أن يجزئ الورقة لأن المريض إذا تبرع ببراءات يجرى ثلثه عن جميعها قدم الأول فلأول وإن اتفق تاريخهما أو أطلقا أو أحدهما فهما سواء لأنه لا مزية لأحدهما على الأخرى فيستويان ويقرعه بينهما فمن خرجت له اقرعة عتق ورق الآخر إلا أن يجزئ الورقة لأنه لا يخلو إما أن يكون اعتقهما معاً فيقرع بينهما كما فعل النبي ﷺ في العبد المسنة الذي اعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن لأمال غيرهم أو يكون اعتق أحدهما قبل صاحبه وأبطل كل علينا فيخرج باقرعة كما في مسألة الطائر وقيل يعتق من بكل واحد نصفه وهو قول لشافعي لأنه أقرب إلى التعديل بينهما فإن في القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق للرق وفي اقرعة لا يخلو المستحق للعتق من حرية ولا المستحق للرق من رق ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين إذا تمارضت به يثبتان والأول المذهب لأنه لا يخلو من شبهة بإحدى الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعة ثابتة في كل واحدة منهما وقولهم إن في اقرعة أحمال إرفاق نصف الحر قلنا وفي القسمة إرفاق نصف الحر يثبتان وتحريرو نصف الرقيق

الملك والوزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والامضاء فإن اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر البيع على الآخر لأن البائع اثنان والله أعلم
 ﴿مسئلة﴾ (وإن أقام أحدهما بينة أنها ملكها وأقام الآخر بينة أنه اشتراها أو اعتقه قدمت بينة الثاني) لأنها تشهد بأمر حادث على الملك خفي على بينة الملك ولا تمارض بينهما فيثبت الملك للأول والبراء منه لثاني.

﴿مسئلة﴾ (وإن أقام رجل بينة أن هذه الدار لابي خلفها تركه وأقامت امرأته بينة أن أباه أصدقها إياها فهي للمرأة) لما ذكرنا

﴿فصل﴾ قل رضي الله عنه (القدم ائالت تداعيا عينا في يد غيرهما فإنه يقرع بينهما، فمن خرجت له اقرعة حلف أنها له وأخذها)

وجملة ذلك أن الرجلين إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولا بينة لما فأنكرهما فاقول قوله مع يمينه بغير خلاف، وإن اعترف أنه لا يملكها وقال لا أعرف صاحبها أو قال هي لأحدكما لا أعرفه عينا أقرع بينهما فن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت إليه لما روى أبو هريرة أن رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهم النبي ﷺ أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها رواه أبو داود، ولا يهينهما تساوي في الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد والقرعة بمنزلة التساوي كما لو اعتق عبداً إلا مال له غيرهم في مرض موته

يقيناً وهو اعظم ضرراً وان كانت قيمة احدهما اثاث وقيمة الآخر دون اثاث فكان الاول او الذي خرجت قرعته اثاث عتق ورق لآخر وإن كان هو الناقص عن اثاث عتق وعتق من الآخر تمام اثاث وإن كان لاحدهما بينة ولا بينة للآخر أو بينته فاسقة عتق صاحب البينة العادلة ورق الآخر ، وان كان لكل واحد منهما بينة عادلة إلا أن احدهما تشهد أنه أعتق سالماً في مرضه والاخرى تشهد بأنه وصى بعتق غنم وكان سالم ثلث الدل عتق وحده ووقف عتق غنم على إجازة الورثة ، لان التبرع يقدم على الوصية وان كان سالم أهل من اثلاث عتق من غنم تمام اثاث وإن شهدت احدهما أنه وصى بعتق سالم وشهدت الاخرى أنه وصى بعتق غنم فهما سواء ويقرر بينهما سواء اتفق تاريخهما أو اختلف لان الوصية يستوي فيها التقدم والتأخر وقل أبو بكر وابن أبي موسى بعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة ، لان القرعة إنما تجب إذا كان احدهما عبداً والآخر حراً ولا كذلك ههنا فيجب ان تقسم الوصية بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو وصى لأثنين بمال والأول قياس المذهب ، لان الاعتاق بعد الموت كالاعتاق في مرض الموت وقد ثبت في الاعتاق في مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين فكذلك بعد الموت ، ولان المعنى المقتضي لتكثير العتق في أحدهما في الحياة موجود بعد المات فيثبت فأما إن صرح بقتل اذا مات فنصف كل واحد من سالم وغنم حر أو كان في لفظه ما يقتضيه أو دلل عليه قرينة ثبت ما اقتضاه

﴿مسئلة﴾ (فإن كان المدعى عبداً فآخر لاحدهما لم يرجح باقراره)

لانه عجز عليه أشبه الغنم فإن كانت لاحدهما بينة حكم له بها بغير خلاف نعلمه

﴿مسئلة﴾ (وان كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب)

(احدهما) تستقط البينتان ويقرر استدعيان على العيين كما لو لم تكن بينة هذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرافي لانه ذكر القرعة ولم يفرق بين أن تكون معها بينة أو لم تكن روي هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه ذل اسحاق وأبو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قولي الشافعي لما روى ابن المسيب ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في امرأة وجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدة واحدة فأسهم النبي ﷺ بينهما رواه الشافعي في مسنده ولان البيتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لاحدهما على الأخرى فسقطتا كالظهيرين

(والرواية الثانية) تستعمل البينتان وفي كيفية استعمالهما روايتان (احدهما) تقسم العيين بينهما وهو قول الحارث المكي وقادة وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وقول للشافعي لما ذكرنا من حديث أبي موسى ولانهما تساويا في دعواه فتساويا في قسمتها (والرواية الثانية) تقدم احدهما وهو قول للشافعي وله قول رابع بوقف الامر حتى يتبين وهو قول أبي ثور لانه اشتبه الأمر فوجب التوقف كالحاكم اذا لم يتضح الحكم له في قضية

(المغي والشرح الكبير) حكم مالو خلف المريض ابنين لاوارث له سواهما فشهدا الخ ١٩٧

(فصل) فان خلف المريض ابنين لاوارث له سواهما فشهدا انه اعتق سالماً في مرض موته وشهد أجنبيان انه اعتق غاماً في مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يعطن الابنان في شهادتهما وكانت البيعتان مادلين فالحكم فيه كالحكم فيما اذا كانا أجنبيين سواء لانه قد ثبت أن البيعة اعتق العبدان فان طعن الاثنان في شهادة الاجنبيين . وقلا ما اعتق غاماً في مرض موته وكل واحد ثلث ماله انما اعتق سالماً لم يقبل قولهما في رد شهادة الاجنبية لانها بيعة عادلة مثبتة والاخرى نافية وقول الميث يتقدم على قوله الثاني ويكون حكم ما شهدت به حكم ما اذا لم يعطن الورثة في شهادتهما في انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه او خرجت القرعة ويرق اذا تأخر تاريخه او خرجت القرعة لغيره واما الذي شهد به الابنان فيعتق كماله لاقرارهما باعتاقه وحده واستحقاقه الحرية ، وهذا قول القاضي . وقيل يعتق ثلثه ان حكم يعتق سالم وهو ثلث الباقي ، لأن العبد الذي شهد به الاجنبيان كان مصوب من التركة وكالذاهب من التركة بمرت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلث غنم والاول أصح لان المعتبر خروجه من الثلث حال الموت وحال الموت في قول الابنين لم يعتق سالم انما اعتق بالشهادة بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من اثلث قبل موته فان كان الابنان فاسقين ولم يردا شهادة الاجنبية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الابنان لفسقهما لان شهادة المنافق كمدمها فلا يقبل قولهما في اسقاط حق ثبت بيينة عادلة وقد أقر الابنان بعق غنم فينظر فان تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فخرجت القرعة له عتق كله كما قلنا في التي قبلها ، وإن تأخر تاريخ عتقه أو خرجت

ولنا خبر أبي موسى وخبر ابن السيب . ولان تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كلخيرين بل اذا تعدد الترجيح أسقطناهما ورجعنا الى دليل غيرهما اذا ثبت هذا . فأما اذا أسقطنا البيعتين أقرعنا بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها كما لو لم تكن لها بيينة ، وان قلنا يعمل بالبيعتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير عيب . وهذا قول الشافعي لان البيعة تنفي عن الممين ، وقال أبو الخطاب عليه الممين مع يديته ترجيحاً لها وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالاولى وانما يظهر اختلاف الحكم في شيء آخر سند كره ان شاء الله تعالى

(فصل) وان أنكرهما من العين في يده وكانت لاحدهما بيينة حكم له بها وإن أقام كل واحد منهما بيينة فان قلنا تستعمل البيعتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى اقسمة وتدفع الى من تخرج له القرعة عند من يرى ذلك ، وان قلنا تستعمل البيعتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن لها بيينة . (مسألة) (وان أقر صاحب اليد لاحدهما لم يرجع باقراره اذا قلنا لا تسقط البيعتان)

لانه قد ثبت زوال ماله فصار كالأجنبي وان قلنا بسقوطها فأقر بها لها أو لاحدهما قبل اقراره ، فأما ان أقر بها في الابتداء لاحدهما صار المقر له صاحب اليد لان من هي في يده مقر بأن يده نائبة عن يده ، وان أقر لها جميعاً فاليد لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر له به لذلك

القرعة لغيره لم يعتق منه شيء لان الابنين لو كانا عداوين لم يعتق منه شيء فإذا كانا فاسقين أولى وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي يعتق نصفه في الاحوال كلها لانه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالبينة العادلة فصار بالنسبة كأنه أعتق العدين فيعتق منه نصفه وهذا لا يصح فإنه لو أعتق العدين لأعتقنا أحدهما بالقرعة لانه في حال تقدم تاريخ عتق من شهدت له البينة لا يعتق منه شيء ولو كانت بينته عادلة فمع فسوقها أولى ، وإن كذبت الورثة الاجنبية فقات ما عتق فاقا انما أدبى سالما عتق العبدان وقبل يعتق من سالم ثالثا والاول أولى

(فصل) فان شهد عدلان أجنبيان انه وصى بعتق سالم وشهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية بعتق سالم ووصى بعتق غانم وقيمتها سواء أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية سالم لانهما لا يجران إلى أنفسهما فلو يدفعا عنهما ضررا أو قل فها يثبتان لأنفسهما ولا غانم قلنا وما يستقطان ولاء سالم على ان الولاء اثبات سبب الميراث وهذا لا يمنع قبول الشهادة بدليل ما لو شهدا بعتق غانم من غير معارض ثبت عتقهما ولما ولاؤوه شهدا بثبوت نسب أخ لهما قبلت شهادتهما مع ثبوت سبب الارث لهما وتقبل شهادة المرأة لأخيه للمال وإن جاز أن يرثه فان كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع وولاهما اقارهما لانهم فيعتق سالم بالبينة العادلة ويعتق غانم باقرار الورثة بالوصية باعتقاده وحده

(مسألة) (وان ادعاهما صاحب اليد لنفسه قلنا بسقوط البيتين حلف لكل واحد منهما وهي له وهو قول القاضي)

لانه صاحب اليد وهو منكر فلزمته اليمين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اليمين على من أنكر » وقال أبو بكر بل يقرع بين المدعين فتكون لمن تخرج له القرعة وهذا ينبغي على ان البيتين اذا تعارضتا لا يستقطان فرجحت احدى البيتين بالقرعة كما لو أقر صاحب اليد انها لاحدهما لا يملكه بينه (فصل) اذا تداعيا عينا في يد غيرهما فقال هي لاحد كما لا نعرفه عينا أو قل لا أعرف صاحبها أو هو أحدهما أو غير كما أو قل أودعنيها أحدهما أو رجل لا أعرفه عينا فادعى كل واحد منهما انك تلم اني صاحبها أو اني أنا الذي أودعنيها وطالب بيمينه لزمه أن يحلف له لانه لو أقر له لزمه تسليمها اليه ومن لزمه الحق مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ويحلف على ما ادعاه من نفي العلم وإن صدقه فلا يمين عليه، وان صدقه أحدهما خاف الآخر وإن قربها لاحدهما أو لغيرهما صار انقر له صاحب اليد فان قل غير انقر له احلف لي ان العين ليست ملكي أو اني لست الذي أودعنيها لزمته اليمين على ما ادعاه من ذلك لما ذكرنا وإن نكل عن اليمين فضي عليه بقيمتها وإن اعترف لما كان الحكم فيها كما لو كانت في أيديهما ابتداءً وعليه اليمين لكل واحد منهما في النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به .

(فصل) اذا كان في يد رجل دار فادعاهما نفسان فقال أحدهما أجرتكها وقال الآخر هي داري

وذكر القاضي وأصحاب الشافعي انه انما يعتق ثلثه لانه لما أعتق سالم بشهادة الاجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثه وهو ثلث التركة ولنا ان الوارثة تقر بانه حين الموت ثلث التركة وأن عتق سالم انما كان بشهادتهما بسد الثوب فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه. وقد ذكر القاضي فيما اذا شهدت بيته عادلة باعتاق سالم في مرضه ووارثة فاسقة باعتاق غانم في مرضه وانه لم يعتق سالما ان غانما يعتق كله وهذا مثله

فاما ان كانت قيمة غانم اقل من قيمة سالم فالوارثة متهمة لكونها ترد إلى الرق من كثرة قيمة فرد شهادتها في الرجوع كما ترد شهادتها بالرجوع عن الوصية ويعتق سالم وغانم كله أو ثلثه وهو ثلث الباقي على ما ذكرنا من الاختلاف فيما اذا كانت فاسقة وإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعتق غانم وهي بيته عادلة ثبتت الوصيتان سواء كانت قيمتهما سواء أو غيرهما فيعتق ان خرجا من الثلث وإن لم يخرج من الثلث أفرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الآخر سواء تقدمت احدى الوصيتين على الاخرى أو استوتا لان التقدم والتأخر من الوصايا سواء

(فصل) ولو شهدت بيته عادلة انه وصى لزيد بثلاث ماله وشهدت بيته أخرى انه رجع عن

أعرتكها أو قال هي داري ورثتها من أبي أو قال هي داري ولم يذكر شيئا آخر فأنكرها صاحب اليد فالقول قوله مع يمينه ، وان كن لاحدهما بيته حكم له بها فان اقام كل واحد منهما بيته بما ادعاه تنازعتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى إلا على الرواية التي تقدم فيها البيته الشاهدة بالسبب فان بيته من ادعى انه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب ، وان أقام احدهما بيته انه غصبه إياها واقام الآخر بيته انه اقر له بها فهي المغصوب منه ولا تناقض بينهما لان الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا واقربها لغيره واقرار الغاصب باطل وهذا مذهب الشافعي فتدفع إلى المغصوب منه (فصل) نقل ابن منصور عن احمد في رجل اخذ من رجلين ثوبين احدهما بمشرة والآخر بمشرين ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من هذا فادعى احدهما ثوبا من هذين الثوبين وادعاه الآخر يقرع بينهما فأيهما اصابته القرعة جلف واخذ الثوب الجديد والآخر للآخر وانما قال ذلك لانهما تنازعا عينا في يد غيرهما .

(فصل) اذا تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لي استدتهما من زيد بمائة ونقدته إياها ولا بيته لواحد منهما فان أنكرهما زيد فهي له مع يمينه وان أقر بها لاحدهما سلمها اليه وحلف للآخر وان أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها وان قال لأعلم ان هي أفرع بينهما فن خرجت له القرعة حلف واخذها وان حلف البائع له ثم أقر بها لاحدهما سلمت اليه وان أقر بها للآخر

الوصية لزيد ووصى عمرو بثلث ماله وشهدت بينة ثالثة أنه رجع عن الوصية لعمرو ووصى ل بكر بثلث ماله صحت الشهادات كلها وكانت الوصية ل بكر سواء كانت البيتان من الورثة أو لم تكن لأنه لا تهمة في حقهم وإن كانت شهادة البينة الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين لم تعد هذه الشهادة شيئاً لأنه قد ثبت بالبينتين الثانية أنه رجع عن وصية زيد وهي إحدى الوصيتين فعلى هذا تثبت الوصية لعمرو وإن كانت البينة الثانية شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا يمينها فقال القاضي لا تصح الشهادة وهذا مذهب الشافعي لأنهما لم يميناً المشهود عليه ويصير كالموقوف لا يشهد أن لهذا على أحد هذين ألفاً وإن لأحد هذين على هذا ألفاً ويكون الثلث بين الجميع أثلاثاً

وقال أبو بكر قياس قول أبي عبد الله أنه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرع بينهما فمن خرجت له قرعة الرجوع عن وصيته بطلت وصيته وهذا قول ابن أبي موسى وإذا صح الرجوع عن أحدهما بنير تعيين صحت الشهادة بذلك وكذلك ووجه ذلك أن الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين الرجوع عن وصيته

(فصل) وإن شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهد واحد أنه وصى لعمرو بثلث ماله أنبى هذا على أن الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين أو لا؟ فيه وجهان

لزمته غرامتها له وإن أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه وكانت مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل أن يدهي أحدهما أنه اشتراها في الحرم وادعى الآخر أنه اشتراها في صفر وشهدت بينة كل واحد منهما الآخر بدعواه فهي للأول لتقدم بينته بأنه باعها منه أولاً وزال ملكه عنها فيكون بيع الثاني باطلاً لكونه باع ما لا يملكه ويطالب برد الثمن وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو أحدهما مطلقة والآخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع فينظر في العين فإن كانت في يد أحدهما أنبى ذلك على بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هي في يده ومن قدم بينة الخارج جعلها له وإن كانت في يد البائع وقلنا تسقط البيتان رجع إلى البائع فإن أنكرهما حلف لهما وكانت له وإن أقر لأحدهما سلمت إليه وحلف للآخر وإن أقر لهما فهي بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم يكن لهما بينة وإن قلنا لا تسقط البيتان لم يلغى إلى النكاره ولا اعترافه وهذا قول القاضي وأكثر أصحاب الشافعي لأنه قد ثبت زوال ملكه وإن يده لأحكم لما فلا حكم لقوله فمن قال يقرع بينهما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه وهذا قول القاضي لم يذكر غيره وقال أبو الخطاب يقسم بينهما وقد نص عليه أحمد في رواية الكوسج في رجل أقام بينة أنه اشترى سلعة بمائة وأقام الآخر بينة أنه اشتراها بما تثنى فكل واحد منهما يستحق نصف السلعة بنصف الثمن ويكونان شريكين وحمل القاضي هذه الرواية على أن العين في أيديهما أو على أن البائع أقر لهما

(المغني والشرح الكبير) حكم ما لو كان في يده دار فادعاه رجل فأتربها لغيره ٢٠١

(أحدهما) يمارضهما فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثلث بينهما لان الشاهد واليمين حجة في المال فأشبه الشاهدين

(والثاني) لا يمارضهما لان الشاهدين أقوى فيرجحان على الشاهد واليمين فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث وتقف وصية عمرو على اجازة الورثة ، فأما ان شهد واحد أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثائه فلا تعارض بينهما ويحلف عمرو مع شاهده وتثبت الرضية لعمرو ، والفرق بين المسئلتين أن في الاولى تقابل البيئتان فقدمننا اقواما وفي الثانية لم يتقابلا وإنما ثبت الرجوع وهو ثبت بالشاهد واليمين لان المقصود به المال وهذا متعبد الشافي والله أعلم

«مسئلة» قال (ولو كان في يده دار فادعاه رجل فأتربها لغيره فان كان المقر له بها حاضر اجعل الخصم فيها وان كان غائبا وكانت للمدعي بينة حكم بها للمدعي ؛ بينته وكان الغائب على خصومته) (في حضر)

وجملته أن الاسان اذا ادعى دارا في يد غيره فقال الذي هي في يده ليست لي إنما هي لفلان وكان المقر له بها حاضرا سئل عن ذلك فان صدقه صار الخصم فيها وكان صاحب اليد لان من

جميعا واطلاق الرواية يدل على صحة قول أبي الخطاب فعلى هذا ان كان البيع مما لا يدخل في ضمان المشتري الا قبضه فلكل واحد منهما الخيار لان المصقة تبعضت عليه فان اختار الامساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن وان اختار الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن وان اختار أحدهما الفسخ وفرت السلعة كلها على الآخر الا ان يكون الحكم قد حكم بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الاخر اليه وهذا قول الشافي في كل موضع

(فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم انه غصبها منه واقام بذلك بينة فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما ؛ أبي اشترى ثوبا منه على ما مضى من التفصيل فيه «مسئلة» (وان كان في يد رجل عبد فادعى انه اشتراه من زيد فادعى العبد أن زيدا أعنته وأقام كل واحد بينة انبى على بينة الداخل والخارج فان كان العبد في يد زيد فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعى عينا في يد غيرهما)

إذا ادعى رجل عبدا في يد آخر انه اشتراه منه وادعى العبد ان سيده اعتقه ولا بينة لهما فانكرهما حلف لهما والعبد له فان أقر لاحدهما ثبت ما أقر به ويحلف للاخر وان أقام احدهما بينة بما ادعاه ثبت وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين

هي في يده اعترف أن يده ناثبة عن يده واقرار الانسان بما في يده اقرار صحيح فيصير خصما للمدعي فان كانت للمدعي بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة فقول قول المدعي عليه مع يمينه وان قال المدعي يحلفوا لي المقر الذي كانت المين في يده انه لا يعلم انها لي فعليه اليمين لانه لو أقر له بها بعد اعترافه لزمه الغرم كما لو قال هذه المين لزيد ثم قال هي لمعروفلتها تدفع إلى زيد ويدفع قيمتها لمعرو ومن لزمه الغرم مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار، فان رد المقر له الاقرار وقال ليست لي وانما هي للمدعي حكم له بها وان لم يقل هي للمدعي ولكن قال ليست لي فان كانت للمدعي بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة ففيه وجهان

(أحدهما) تدفع الى المدعي لانه يدعيها ولا منازع له فيها ولان من هي في يده لو ادعاه ثم نكل قضينا بها للمدعي فمع عدم ادعائه لما اولى

(والثاني) لا تدفع اليه لانه لم يثبت لما مستحق لان المدعي لا يد له ولا بينة وصاحب اليد متصرف أنها ليست له فيأخذها الامام فيحفظها لصاحبها وهذا الوجه الثاني ذكره اتقاضي والاول اولى لما ذكرنا من دليله ولاصحاب الشفعي وجهان كهذين ووجه ثالث ان المدعي يحلف أنها له وتسلم اليه ويخرج لنا مثله بناء على القول برد اليمين اذا نكل المدعي عليه، وان قال المقر له هي لثالث انتقلت الخصومة اليه وصار بمنزلة صاحب اليد لانه أقر له بها من اليد له حكما وأما ان أقر بها المدعي عليه لمجهول قيل له ليس هذا بجواب فان اقرت بها لمعروف والا جعلناك ناكلا

مختلفين قدمنا الاولى وبطلت الاخرى لانه ان سبق العتق لم يصح البيع وان سبق البيع لم يصح العتق لانه أعنتق عبد غيره فان قيل يحتمل انه عاد الى مالكه فاعتقه قلنا قد ثبت للمالك المشتري فلا يبطله عتق البائع، وان كنا مؤرختين بتاريخ واحد او مطلقتين او احدهما مطلقه تمارضت لانه لا ترجيح لاحدهما على الاخرى فان كان في يد المشتري انبني ذلك على الخلاف في تقديم بينة الداخل والخارج فان قدمنا بينة الداخل فهو للمشتري وان قدمنا بينة الخارج قدم العتق لانه خارج وان كان في يد البائع وقلنا ان البيتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا ينة لهما فان انكرهما حلف لهما وان اقر بالعتق ثبت ولم يحلف المبد لانه لو اقر بأنه ما اعنتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة في احلافه وان قلنا ترجح احدي البيتين بالقرعة فرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه قال ابو بكر هذا قياس قول ابي عبد الله فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة في احد الوجهين وان قلنا يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعا ونصفه حرا ويسري العتق الى جميعه ان كان البائع موسرا لان البينة عليه انه اعنتقه مختارا وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتهما

﴿مسئلة﴾ (وان كان في يده عبد وادعى عليه رجلان كل واحد منهما انه اشتراه بثمن مائة فصدفهما لزمه الثمن لسكل واحد منهما وان أنكرهما حلف لهما ويرى، وان صدق أحدهما لزمه ما ادعاه وحلف للآخر

وقضينا عليك فان أصر قضي عليه بالذكول وان أقر بها لغائب او لغير مكلف معين كالصبي والمجنون صارت الدعوى عليه فان لم تكن للمدعي بينة لم يقض له بها لان الحاضر يعترف أنها ليست له ولا يقضى على الغائب بمجرد الدعوى ويقف الامر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفا فتكون الخصومة معه فان قال المدعي احلفوا لي المدعي عليه احلفناه لما تقدم وان أقر بها للمدعي لم تسلم اليه لانه اعترف انها لغيره ويلزمه ان يقر له قيمتها لانه قوتها عليه باقراره بها لغيره وان كان مع المدعي بينة فسميها الحاكم وقضى بها وكان الغائب على خصومته متى حضر له ان يقدم في بينة المدعي وأن يقيم بينة تشهد بانتقال الملك اليه من المدعي وان اقام بينة انها ملكه فهل يقضى بها ؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل والخارج فان قلنا تقدم بينة الخارج فاقام الغائب بينة تشهد له بالملك والنتاج او سبب من أسباب الملك فهل تسمع بينته ويقضى بها ؟ على وجهين وان كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمى الحاكم ولم يقض بها لان البينة للغائب والغائب لم يدعها هو ولا وكيله وانما سمى الحاكم لما فيها من الفائدة وهو زوال التهمة عن الحاضر وسقوط اليمين عنه اذا ادعى عليه انك تعلم أنها لي ويتخرج ان يقضى بها اذا قلنا بتقديم بينة الداخل وان المودع الخاصة في الرديعة اذا غضبت ولائها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعي اذا لم تعارضها بينة أخرى فان ادعى من هي في يده انها معه باجارة او عارية وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين (أحدهما) ان ثبوت الاجارة والبارية يترتب على

وان كان لاحدهما بينة فله الثمن ويحلف للآخر وان كان لكل واحد منهما بينة وأمكن صدقهما لاختلاف تاريخهما أو اطلاق أحدهما وتاريخ الأخرى عمل بهما وان اتفق تاريخهما متعارضتا والحكم على ما تقدم وان كان في يد انسان عين فدعى عليه رجلان كل واحد منهما انك اشتريته مني بألف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما مثل ان يقول اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فمتعارضتان فان قلنا يستطآن رجع إلى قول المدعي عليه فان أنكرهما حلف لهما ويرى وان أقر لاحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر وان أقر لهما فعليه لكل واحد منهما الثمن لانه يحتمل ان يشتريها من أحدهم ثم يهبها للآخر ويشتريها منه وإن قل اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله ان يحلف على الباقي وان قلنا يقرع بينهما وجب الثمن لمن تخرج له القرعة ويحلف للآخر ويرأ وان قلنا يقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقي فن كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو أحدهما مطابقة ثبت العقد ان ولزمه اثنتان لانه يمكن ان يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه وإذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقتهما فان قيل فلم قلتم ان البائع اذا كان واحداً والمشتري اثنتان فأقام أحدهما بينة انه اشتراها في المحرم وأقام الاخر بينة انه اشتراها في صفر يكون الشراء الثاني باطلا قلنا انه اذا ثبت الملك للاول لم يبطله بان بينة الثاني ثانياً

الملك للمؤجر بهذه البيعة فلا تثبت الاجارة المترتبة عليها (وانتائي) أن بيعة الخارج مقدمة على بيعة الداخل ويخرج القضاء بها على تقديم بيعة الداخل وكون الحاضر له فيها حق فأنه يقضي بها وجهاً واحداً ومتى عاد المقر بها لغيره وادعاه لنفسه لم تسمع دعواه لانه أقر بانه لا يملكها فلا يسمع منه الرجوع عن اقراره والحكم في غير المكلف كالحكم في الغائب على ما ذكرنا

(فصل) وإذا طلب المدعي أن يكتب له محضر بما جرى لزمته إجابته فيكتب له محضراً حضر القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي عبد الله الامام فلان بن فلان الفلاني او خليفة القاضي فلان بن فلان إن كان نائباً فلان بن فلان الفلاني واحضر معه فلان بن فلان الفلاني فادعى داراً في يديه وبيعتها وبذكر حدودها وصفتها فاعترف بها المدعي عايناً فلان بن فلان الفلاني وهو حينئذ نائب عن بلد القاضي فأقام المدعي بيعة وهي فلان بن فلان الفلاني وفلان بن فلان الفلاني فشهدا عنده للمدعي بما ادعاه وعرف الحاكم عدلتها بما يسوغ معه قبول شهادتهما أو شهد عنده بمدايتهما فلان وفلان قبل شهادتهما قضى بها على الغائب جمل كل ذي حجة على حجة فإن كان الغائب قد قدم ولم يأت بحجة زاد وقدم الغائب المقر له بها فلان ولم يأت بحجة تدفع المدعي عن دعواه وإن أقام عند حضوره بيعة زاد وأقام بيعة وكانت بيعة المدعي مقدمة على بيئته لانها بيعة خارج

وفي مسائل ثابتة شرانته من كل واحد منهما يطال ملكه لانه لا يجوز أن يشترى ثانياً ملك نفسه ويجوز أن يبيع البائع ما ليس له ففقرتان قيل إذا كانت البيعتان مطلقتين أو أحدهما مطلقاً احتمل أن يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان والاصل براءة ذمة الشهود عليه فلا تشغل بالشك قلنا متى أمكن صدق البيعتين وجب تصديقهما ولم يكن ثم شك وانما يبقى الوم والوم لا تبطل به البيعة لانها لو بطلت به لم يثبت بها حق اصلاً لانه مأمون بيعة الا ويحتمل أن تكون كاذبة أو غير عادلة أو متهمه أو معارضة ولم يلتفت الى الوم كذا هنا

(مسئلة) (وان ادعى كل واحد منهما انه باعني اياه بألف وأقام بنية قدم اسبقهما تاريخها لما ذكرنا فان لم تسبق أحدهما تعارضنا

(مسئلة) (وان قال أحدهما غصبي اياه وقال الاخر ملكنيه أو أقر لي به فان أقام كل واحد منهما بيعة فهو المقصوب منه ولا يفرم للاخر شيئاً) لانه لا تعارض بينهما لجواز أن يكون غصبه من هذا ثم ملكه الاخر والله أعلم

(مسئلة) (وإذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل اقرارها) لانها أقرت على نفسها وهي غير متهمه لانها لو أرادت ابتداء النكاح لم تمنع منه فان ادعاه اثنان فأقرت لأحدهما لم يقبل اقرارها لان الاخر يدعي ملك بضمها وهي معترفة أن ذلك قد ملك

(فصل) وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخلفه وأخاه غائباً ولا وارث له سواه ما وترك داراً في يده هذا الرجل فأنكر صاحب اليد فأقام المدعي بينة بما ادعاه ثبتت الدار للميت وانتزعت الدار من يد النكر ودفع نصفها إلى المدعي وجعل النصف الآخر في يد أمين للغائب يكره له وكذلك إن كان للمدعي مما ينقل ويحول ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان مما ينقل ولا يحول أو مما ينحفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب الغائب من يده المدعي عليه لأن الغائب لم يدعه هو ولا وكيله فلم ينزع من يده من هو في يده كما لو ادعى أحد الشريكين داراً مشركة بينهما وبين أجنبي فإنه يسلم إلى المدعي نصيبه ولا ينزع نصيب الغائب كذا ههنا

ولنا أنها تركة ميت ثبتت بينة فوجب أن ينزع نصيب الغائب كالمقتول وكما لو كان أخوه صغيراً أو مجنوناً ، ولأن فيما قاله ضرراً لأنه قد يتعذر على الغائب إقامة البينة وقد يموت الشاهدان أو يضيأ أو تزول عنهما عدالتهم ويعزل الحاكم فيضيع حقه فوجب أن يحفظ بانزاعه كالمقتول وضارق الشريك الأجنبي إجمالاً وتفصيلاً أما الإجمال فإن المقتول ينزع نصيب شريكه في الميراث ولا ينزع نصيب شريكه الأجنبي وأما التفصيل فإن البينة ثبت بها الحق للميت بدليل أنه يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ولأن الأخت يشاركه فيما أخذه إذا تضرع عليه أخذ الباقي فأما إن كان ديناً في ذمة إنسان فهما يقبض الحاكم نصيب الغائب فيه وجهان (أحدهما) يقبضه كما يقبض المدين (والثاني) لا يقبضه لأنه إذا كان في ذمة من هو عليه كان أحوط من أن يكون أمانة في يد الأمين

عليها فصار إقرارها بحق غيرها ولأنها متهمه فأنما أواردت ابتداء تزويج أحد المتداعين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر فإن قيل فلو تداعيا عينا في يد ثالث فأقر لاحدهما قبل قلنا لا يثبت الملك بإقراره في العين إنما يجمله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الإقرار بها ههنا فإن كان أحد المتداعين له بينة حكم لهما لأن البينة حجة في النكاح وغيره وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطا وحيل بينهما وبينها ولا يرجح أحد المتداعين بإقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها في بيته ويده لأن اليد لا تثبت على حرة ولا سبيلاً إلى اقسمة ههنا ولا إلى القرعة لأنه لا بد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها ههنا

﴿ باب في تعارض البينتين ﴾

إذا قال لبيد متى قتلت فانت حر فادعى المبدأنه قتل وأنكر لورثة فالتقول قولهم لأن الأصل عدم القتل فإن أقام بينة بدعواه عتق وإن أقام الورثة بينة بموته قدمت بينة المبد في أحد الوجهين لأنها تشهد بزيادة وهي ائتمل (والثاني) يتعارضان لأن إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى فيبقى على الرق

لأنه لا يؤمن عليه التلف إذا قبضه والاول أولى ، لانه في الذمة أيضاً يعرض للتلف بالفلس والموت وعزل الحاكم وتعذر البينة إذا ثبت هذا فانتا إذا دفعتنا إلى الحاضر نصف الدار أو الدين لم نطالبه بضمين لانتا دفعتنا بقول الشهود والمطالبة بالضمين طعن عليهم ، قل أصحابنا سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ويحتمل أن لا تقبل شهادتهما في نفي وارث آخر حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقدمة ، لأن من ليس من أهل المعرفة ليس جهله بالوارث دليلاً على علمه ولا يكتفى به وهذا قول الشافعي فلي هذا تكون الدار موقوفة ولا يسلم إلى الحاضر نصفها حتى يسأل الحاكم ويكشف عن المواضع التي كان يطوفها ويأمر منادياً ينادي إن فلان مات فان كان له وارث فليأت فذاغلب على ظنه أنه لو كان له وارث لظهر دفعه إلى الحاضر نصيبه وهل يطلب منه ضمناً؟ يحتمل وجهين وهكذا الحكم إذا كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة ولكن لم يقولوا ولا تعلم له وارثاً سواء كان كان مع الابن ذو فرض فلي ظاهر المذهب يعطى فرضه كاملاً على هذا التخريج يعطى اليقين فان كانت له زوجة أعطيت ربع الثمن لجواز أن يكون له أربع نسوة وإن كانت له جدة ولم يثبت موت أمه لم تعط شيئاً وإن ثبت موتها أعطيت ثلث السدس لجواز أن يكون له ثلاث جدات ولا تعطى العصبية شيئاً فان كان الوارث أخاً لم يعط شيئاً لجواز أن يكون لليت وارث يحجبه وإن كان معه أم أعطيت السدس عائلاً والمرأة ربع الثمن عائلاً والزوج الربع عائلاً لانه اليقين فان المصئلة قد تعول مع وجود

﴿مسئلة﴾ (وان قل ان مت في المحرم فسلم حر وان مت في صفر فسلم حر واقام كل واحد منهما بيته بذعواه بموجب عتقه قدمت بيته سالم في أحد الوجوه)

لان معنا زيادة علم فتم اثبت ما يجوز ان يخفى على البينة الاخرى (واثني) يتعارضان ويبقى العبد على الرق لانهما سقطا فصارا كمن لا بيعة لهما (والثالث) يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة فاما ان لم يتم لواحد منهما بيته وأنكر الورثة فاقول قولهم لانه يجوز ان يموت في غير هذين الشهرين وان اقروا لاحد عتق باقرارهم وكذلك ان أقام بيته

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان مت من مرضي هذا فسلم حر وان برئت فسلم حر فاقام بينهما تعارضتا وبقي على الرق ذكره أصحابنا والقياس ان يعتق أحدهما بالقرعة ويحتمل ان يعتق غلام وحده لان بيته تشهد بزيادة)

اذا قال ان مت من مرضي هذا فسلم حر وان برئت فسلم حر فوات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه اقرع بينهما فن خرجت له القرعة عتق لانه لا يخلو من ان يكون برأ أو لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تلم عينه فيخرج بالقرعة كولو اعتق أحدهما فاشكل علينا ويحتمل ان يقدم قول سالم لان الاصل عدم البرء وان أقام كل واحد منهما بيته بموجب عتقه فقال أصحابنا يتعارضان ويبقى المبدان على الرق وهذا مذهب الشافعي لان كل واحد منهما تكذب الاخرى وثبتت زيادة

(الغني والشرح الكبير) حكم ما لو اختلف في دار في يد أحدهما وأقام أحدهما بينة الخ ٢٠٧

الزوج مثل أن يخلف أبوين وأبنين وزوجاً ، فإذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه وكل لدوي الفروض وفروضه .

(فصل) وإذا اختلف في دار في يد أحدهما فأقام الدعي بينة أن هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها ؟ على وجهين (أحدهما) تسمع ويحكم بها لأنها ثبتت الملك في الماضي وإذا ثبت استنديم حتى يعلم زواله

(والثاني) لا تسمع قال القاضي هو الصحيح لأن الدعوى لا تسمع ما لم يدع الدعي الملك في الحال فلا تسمع بينة على ما لم يدعه لكن إن انضم إلى شهادتها بيان سبب يد الدعي وتبريد تدبيرها فقالا فشهد أنها كانت ملكه أمس قبضها هذا منه أو مرقها أو ضلت منه فالتفتها هذا ونحو ذلك سمعت وقضى بها لأنها إذا لم تبين السبب فلا بد دليل الملك ولا يتنافي بين ما شهدت به البينة وبين دلالة اليد لجواز أن تكون ملكه أمس ثم تنتقل إلى صاحب اليد فإذا ثبت أن سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلاً فوجب انقضاء باستدامة الملك السابق وإن أقر للدعي عليه أنها كانت ملكاً للدعي أمس أو فيما مضى سمع إقراره وحكم به في الصحيح لانه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها إليه فيصير هو الدعي فيحتاج إلى البينة ويفارق البينة من وجهين

(أحدهما) أنه أقوى من البينة لكونه شهادة من الإنسان على نفسه وبزول به النزاع بخلاف البينة ولهذا يسمع في المجهول ويقضى به بخلاف البينة (والثاني) أن البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه

تنقيها الأخرى وهذا قول لا يصح وهو ظاهر الفساد لأن التعارض أثر في إسقاط البينتين ولو لم يكونا أصلاً لمتق أحدهما فكذلك إذا سقطا وذلك لانه لا يخلو من إحدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده كما لو قال أن كان هذا الطائر غراباً فسلم حر وإن لم يكن غراباً فقام حر ولم يعلم حاله ولكن يحتمل وجهين (أحدهما) يقرع بينهما كما في مسألة الطائر ولأن البينتين إذا تعارضتا قدمت أحدهما بالقرعة في رواية (والثاني) تقدم بينة غم لأنها شهدت بزيادة وهي البرء وإن أقر الورثة لأحدهم عتق بإقرارهم ولم يستقط حق الآخر مما ذكرنا إلا أن يشهد عدلان منهم بذلك مع انتفاء النعمة فيعتق وحده إذا لم تكن للأخر بينة

(مسألة) (وإن اتلف ثوبا فشهدت بينة أن قيمته عشرون وشهدت أخرى أن قيمته ثلاثون لزمته أقل القيمتين)

وجملة ذلك أنه إذا شهد شاهد أنه غصبه ثوبا قيمته درهمان وشهد آخر أن قيمته ثلاثة ثبت ما اتفقا عليه وهو درهمان فله أن يخلف مع الآخر على درهم لأنها اتفقا على درهمين وإنزرد أحدهما بدرم فاشبه ما لو شهد أحدهما بالنسب والآخر بخمسة مائة وإذا شهد شاهدان أن قيمته درهمان وشاهدان أن قيمته ثلاثة ثبت له درهمان وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة أنه ثلاثة لأنه قد شهد بها شاهدان

والدعوى يجب أن تكون معقدة بالحال والاقرار يسمح ابتداء وإن شهدت البينة أنها كانت في يده أمس في سماعها وجهاً ، وإن أقر المدعى عليه بذلك فالصحيح أنها تسمع وقضى به لما ذكرنا (فصل) وإن ادعى أمة أنها له وأقام بينة فشهدت أنها ابنة أمتة أو ادعى ثمرة فشهدت له البينة أنها عمرة شجرته لم يحكم له بها لجواز أن تكون ولها قبل ملكها وأمرت الشجرة هذه الشجرة قبل ملكه إياها ، وإن قالت البينة ولها في ملكه أو أمرتها في ملكه حكم له بها لأنها شهدت أنها نماء ملكه ونماء ملكه مالم يرد سبب ينقله عنه فإن قيل فقد قلتم لا تقبل شهادته بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق قلنا الفرق بينهما على تقدير التسليم أن النماء تابع للملك في الأصل فاثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه الاتبع وجري مجرى ما لو قال ملكته منذ سنة وأقام البينة بذلك فإن ملكه يثبت في الزمن الماضي تبعاً للحال ويكون له النماء فيما مضى ولأن البينة ههنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها في ملكه فتقويت بذلك ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقالت أقرضه ألفاً أو باعه ثبت الملك وإن لم يذكره فمع ذكره أولى

وإن شهدت له البينة أن هذا الغزل من قطنه وهذا الدقيق من حنطته وإن هذا الطائر من بيضته حكم له به وإن لم يضمنه إلى ملكه لأن الغزل عين اقمطن وإنما تنيرت صفته والدقيق أجزاء

وهما حجة فيؤخذ بهما كما يؤخذ بالزيادة في الاخبار وكما لو شهد شاهدان بالف وشاهدان بالفين فأنه يجب له القان قال القاضي ويتوجه لنا مثل ذلك كما لو شهد له شاهدان بالف وشاهدان بخمسة مائة ولنا أن من شهد أن قيمته درهمان ينفي أن قيمته ثلاثة فقد تعارضت البينتان في الدرهم ويخالف الزيادة في الاخبار فإن من يروي الناقص لا ينفي الزيادة وكذلك من شهد بالف لا ينفي أن عليه القان آخر لأن قيل فلم قلتم إنه إذا شهد بواحدة من القيمتين شاهدان تعارضتا وإن شهد شاهد لم تعارضتا وكل له أن يحلف مع الشاهد بالزيادة عليه ؟ قلنا لأن الشاهدين حجة وبينه وإذا كملت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما أما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وإنما يصير حجة مع البينين فإذا حلف مع أحدهما كملت الحجة مع بيمينته ولم يعارضها ما ليس بحجة كمالو شهد بأحدهما شاهدان وبالأخر شاهد واحد

﴿مسئلة﴾ (ولو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثناها مم مات ابني فورثته وقال آخرها بل مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال الدعوى صاحبه وكان ميراث الابن لآبيه وميراث المرأة لآخيها وزوجها نصفين وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وسقطتا أيضاً وقياس مسائل الخرقى أن يحمل للاخ سدين مال الابن والباقي للزوج) وجملة ذلك أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضاً واختلف الأحياء من ورثتهم في السابق

الخطة تفرقت والطير هو أجزاء البيضة استحال وكان البينة قلت هذا غزله ودقيقه وطيره وليس كذلك الولد واشجرة فانهما غير الام والشجرة ولو شهد ان هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقولوا باضها في ملكه لان البيضة غير الطير وانما هي من نثائه فهي كالولد ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا

(فصل) واذا كانت في يد زيد دار فادعاهما عمرو وأقام بينة انه اشتراها من خالد بثلث مسمى نقده إياه او ان خالداً وهبه تلك الدار لم تقبل بينتبهذا حتى يشهد ان خالداً باعها إياه او وهبها له وهو يملكها أو يشهد انها دار عمرو اشتراها من خالد او يشهد انه باعها او وهبها له وسلمها اليه وانما لم تسمع البينة بمجرد الشراء والهبة لان الانسان قد يبيع مالا يملكه ويهبه فلا تقبل شهادتهم به فان انضم إلى ذلك الشهادة للبائع بالملك أو شهدوا للمشتري بالملك أو شهدوا بالتسليم فقد شهدوا بتقديم اليد أو بالملك للمدعي او لمن باعه فلظاهر انه ملكه لان اليد تدل على الملك وهذا مذهب الشافعي وانما قبلناها وهي شهادة بملك ماض لانها شهدت بالملك مع السبب والظاهر استمراره بخلاف ما اذا لم يذكر السبب

بالموت في المسئلة المذكورة فقال الزوج ماتت المرأة أولاً فصار ميراثها كله لي ولا يفي ثم مات ابني فصار ميراثه لي وقال أخوها مات ابنها أولاً فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بيني وبينك نصفين حلف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته دون من مات معه لان سبب استحقاق الحي من موروثة موجود وانما يتمتع ابقا. موروثة الآخر بعده وهذا الامر مشكوك فيه فلا يزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لا يشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين وهذا مذهب الشافعي فان قيل فقد اعطيتم الزوج النصف وهو لا يدعي إلا الربع قلنا بل هو مدع لجميه ربعه بميراثها منه وثلاثة أرباعه بميراثه من أبيه قال أبو بكر قد ثبتت البينة بيقين فلا يقطع ميراث الاب فيه إلا بيينة تقوم للاخ وهذا تعليل لقول الخريفي في هذه المسئلة وذكر قولنا آخر يحتمل ان الميراث بينهما نصفين قال شيخنا وهذا ما يدرى ما أراد به ان اراد ان مال المرأة بينهما نصفين لم يصح لانه يفضي الى إعطاء الاخ ما لا يدعيه ولا يستحقه يقينا لانه لا يدعي من مال الابن أكثر من سدسه ولا يمكن ان يستحق أكثر منه وان اراد ان ثلث مال الابن يضم الى مال المرأة فيقسمانه نصفين لم يصح لان نصف ذلك الى الزوج باتفاق منهما لا ينازعه الاخ فيه وانما النزاع بينهما في نصفه ويحتمل ان يكون هذا مراده كما لو تنازع رجلان دارا في ايديهما فادعاهما احدهما كلها وادعى الآخر نصفها فانها تقسم بينهما نصفين وتكون الميمن على مدعي النصف الا ان الفرق بين هذه المسئلة وتلك ان الدار في ايديهما فكل واحد منهما في يده

(المغني والشرح الكبير) (٢٧٥) (الجزء الثاني عشر)

(فصل) وإذا كان في يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه فادعى انه مملوكه قبلت دعواه ولم يحمل بينه وبينه لان اليد دليل الملك والصبي مالم يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والمتاع الا ان يعرف ان سبب يده غير الملك مثل ان يلتقطه فلا تقبل دعواه لرق لان اللقيط محكوم بحريته وأما غيره فقد وجد فيه دليل للملك من غير معارض فيحكم برقه فإذا بلغ فادعى الحرية لم تقبل دعواه لانه محكوم برقه قبل دعواه وان لم يدع ملكه لكنه كان يتصرف فيه بالاستخدام وغيره فهو كما لو ادعى رقه ويحكم له برقه لان اليد دليل الملك فان ادعى أجنبي نسبه لم يقبل لما فيه من الضرر على السيد لان النسب مقدم على الولاء في الميراث فان أقام البينة بنسبه ثبت ولم يزول الملك عنه لانه يجوز ان يكون ولده وهو مملوك بان يتزوج بامة أو يسي الصغير ثم يسلم أبوه الا ان يكون الاب عريباً فلا يسترق ولده في رواية وهو قول الشافعي القديم وان أقام بينة أنه ابن حرة فهو حر لان ولد الحرة لا يكون الا حراً وان كان الصبي عيباً يعبر عن نفسه فادعى من هو في يده رقه ولم يعرف تقدم اليد عليه قبل تمييزه الا أننا إن رأينا في يده دواها يتنازعان ففيه وجهار (إحدهما) لا يثبت ملكه عليه لانه معرب عن نفسه ويدعي الحرية أشبه البالغ (والثاني) يثبت ملكه عليه لانه خير ادعى رقه وهو في يده فاشبه الطفل فاما البالغ اذا ادعى رقه فانكر لم يثبت رقه الا بيينة وان لم تكن بيينة فالقول قوله مع يمينه في الحرية لانها الأمل وهذا الفصل يجمعه مذهب الشافعي وأبي ثور واصحاب الرأي الا ان اصحاب

نصفها فدعى النصف يدعي وهو في يده فقبل قوله فيه مع يمينه وفي مستأثنا يعرف ان هذا ميراث عن البنين فلا يد لاحدهما عليه لاعتراضهما بانه لم يكن له اولاء هو ميراث يدعيانه من غيرهما وان اراد ان سلس مال الابن يضم الى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه لانها تساويها في دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة في أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيها حكم له به والذي يقتضيه قول اصحابنا في الفرق والمدهى أن يكون سدس الابن للاخ وباقي ميراثها للزوج لانا نقدر ان المرأة ماتت أولاً فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورثه أبوه وهو الزوج فصار ميراثها كله لزوجها ثم قدر ان الابن مات أولاً فورثه أبواه لامة الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الاخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا قال شيخنا ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق وراثتهما على الجمل به والقولان المتقدمان قول الخرقى وقول أبي فنيا إذا ادعى وريثة كل ميت انه مات أخيراً وان الاخوات قبله فان كل واحد منهما يئنه بما ادعاه حكم له بها وان اقاما بينتين تنازعتا وهل يسقطان أو يقرع بينهما أو يقسمان ما اختلفا فيه؟ يخرج على الروايات الثلاث ..

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (إذا شهدت بينة على ميت انه وصي بمثل ماله وهو ثلث ماله وشهدت بينة أخرى أنه وصي بمثل ماله وهو ثلث ماله أقرع بينهما فن تقع له القرعة عتق دون

الرائي قالوا متى أقام إنسان بينة أنه ولده ثبت النسب والجارية لأن ظهور الحرية في ولد الحر أكثر من احتمال الرق الحاصل باليد لا سيما إذا لم يعرف من الرجل كفر ولا تزوج بامة فلا ينفى احتمال الرق وهذا القول هو الصواب إن شاء الله

(فصل) وإن ادعى اثنان رق بالغ في أيديهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه، وإن اعترف لهما بالرق ثبت رقه فإن ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له، وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يكون بينهما نصفين لأن يدهما عليه فأشبهه الطفل والثوب وإنما أنه حكم برقه باعترافه فكلن مملوكاً لمن اعترف له كما لو لم تكن يده عليه ويخلف الثوب والطفل فإن الملك حصل فبرهما باليد وقد تساوى فيه وهما حصل بالاعتراف وقد اجتمع به أحدهما فكلن مختصاً به، فإن أقام كل واحد منهما بينة أنه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرعه بينهما أو يقسم بينهما على ماضى من التفصيل فيه فإن قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر، وإن اعترف لأحدهما فهو إن اعترف له، وإن أقر لهما معاً فهو بينهما لأن البينتين سقعتا وصارتا كالمدومتين فإن قلنا بالقرعة أو القسمة فأنكرهما لم ياتفت إلى إنكاره وإن اعترف لأحدهما لم ياتفت إلى اعترافه لأن رقه ثابت بالبينه فلم يبق له يد على نفسه كما قلنا فيما إذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة أنها مأسكه واعترف أنها ليست له ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجع بأقراره

صاحبه إلا أن يحيز الورثة لأن الوصيتين ثبنا بشهادة العدول فهما سواء فيقرع بينهما سواء اتفق تاريخهما أو اختلف لأن الوصية يدتوي فيها المتقدم والمتأخر فن خرجت له القرعة عتق جميعه وذل أبو بكر وابن أبي موسى يعتق نصف كل واحد منهما بنير قرعة لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً ولا كذلك ههنا فيجب أن يقسم بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو أودى لاثني بمال والأول قياس الذمب لأن الاعتناق بعد الموت كالاقتناق في مرض الموت وقد ثبت في الاعتناق في مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين كذلك بعد الموت ولأن المقني المتنفذ في أحدهما في الحياة موجود بعد المات فيثبت فلما ان صرح فقال إذا مات فنصف كل واحد من سالم وغنم حر أو كان في لافته ما يقتضيه أودات عليه قرينة ثبت ما اقتضاه وإن أجاز الورثة عتقهما متقاً لأن الحق لم فأشبهه ملو أعتقوها بعد موته

(مسألة) وإن شهدت بينة سالم أنه رجع عن عتق غنم عتق سالم وأحده سواء كانت بينته واردة أو لم تكن لأنهما لم يجزا بشهادتهما إلى أنفسهما نفما ولا يبدفدان عنهما ضرراً فز قيل فهما يثبتان لأنفسهما ولأن سالم قلنا وهما يسقطان ولأن غنم أيضاً على أن الولاء إنما هو اثبات سبب الميراث ومثل ذلك لا ترد الشهادة فيه كما ثبتت الذمب بالشهادة وإن كان الشاهد يجوز أن يرث المشهود له وتقبل شهادته لآخيه بالمال وإن جاز أن يرثه

(فصل) ولو كان في يده صغيرة فادعى نكاحها لم يقبل منه ولا يخل بينهما وبينه ولو ادعى رقا قبل منه اذا كانت طفلة لا تعبر عن نفسها ، لان اليد دليل الملك وأما المدعي للنكاح فهو مقر بحريتها أو بانها غير مملوكة له واليد لا تثبت على الحر فاذا كبرت فاعترفت له بالنكاح قبل اقرارها

(فصل) ولو ادعى ملك عين واقام به بينة وادعى آخر انه باعها منه أو وهبها اياه أو وقفها عليه أو ادعت امرأته انه اصدقها اياها أو اعتقها واقام بذلك بينة قضي له بها بغير خلاف نعمه لان بينة هذا شهدت بامر خفي على البينة الاخرى والبينة الاخرى شهدت بالاصل فيمكن انه كان ملكه ثم صنع به ما شهدت به البينة الاخرى ، ولو مات رجل وترك ذرا فادعى ابنه انه خلفها ميراثا وادعت امرأته انه اصدقها اياها واقاما بذلك بينتين حكم بها للمرأة ولانها تدعي امرأ زائدا خفي على بينة الابن وسواء شهدت البينة بالشراء وما في معناه بأنه باع ملكه أو ما في يده أو لم تشهد بذلك وسواء شهدت بالبيع والقبض أو لم تذكر القبض وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يثبت الملك للمشتري ولا تزال يد البائع الا أن تشهد البينة بأنه باع ما كان في يده لان البيع المطلق ليس بحجة لانه قد يبيع ما لا يملك

ولنا أن بينة البائع أثبتت الملك له فاذا اقامت بينة الشراء عليه كانت حجة عليه في ازالة ملكه عنها الى المشتري فوجب القضاء له بها ، ولو ادعى انسان دارا في يد رجل انها لي منذ سنة واقام بهذا

(مسئلة) (وان كانت قيمة غنم سدس المال وبينته أجنبية قبلت)

لانها بينة غير متهمة فتقبل شهادتها كالمال كانت قيمته ثلث المال وان كانت بينته وارثة عتق المبدان لان البينة الوارثة متهمة في شهادتها لكونها ترد الى الرق من كثرت قيمته وترد شهادتها في الرجوع كالمال كانت فاسقة ويعتق سالم كله بالبينة العادلة ويعتق غنم لان سالم لا عتق بشهادة الاجنبيين صار كالغصوب فصار غنم ربع التركة فيعتق جميعه لنقصه عن ثلث الباقي لان الباقي يصير كانه التركة جميعها وانما يعتق باقرارهم لا بشهادتهم قال أبو بكر ، ويحتمل ان يقرع بينهما فان خرجت القرعة لسالم عتق وحده وان خرجت لغنم عتق هو ونصف سالم كالمال تشهد بالرجوع فان الشهادة بالرجوع لم تقبل فكان وجودها كعدمها فان في هذه الصورة يعتق فيها ثلث المال وتكمل في احدهما فاذا وقعت القرعة لسالم عتق جميعه لانه ثلث المال وان وقعت لغنم عتق جميعه ونصف سالم لان ذلك ثلث المال

(مسئلة) (وان شهدت بينة أنه أعتق سالما في مرضه وشهدت أخرى أنه وصى بعتق غنم وكل واحد منهما ثلث المال عتق سالم وحده)

لانه لا ينفذ تصرفه في مرضه الا في الثلث إذا لم تجز الورثة وعتق سالم منجز وعتق غنم وصية فيقدم عتق سالم على الوصية

بيدة فجاء ثالث فادعى أنه اشتراها من مدعيها منذ سنتين وأقام هذا بيينة ثبت لمدعي الشراء وليس في شهادة البيينة الأولى أنه ملكها منذ سنة ما يبطل أنها له منذ سنتين لأنه لا تنافي بين ملكها منذ سنتين وملكها منذ سنة فإن المالك منذ سنتين يستمر ملكه في السنة الثانية فإن قالت بيينة الشراء هو مالكم ثبت الملك بغير خلاف وإن لم تقل ذلك كان فيه من الخلاف ما قد ذكرناه

(فصل) ولو ادعى رجل ملك دار في يد آخر وادعى صاحب اليد أنها في يده منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بيينة بدعواه فهي لمدعي الملك بلا خلاف تعلمه لأنه لا تنافي بين الدعوتين ولا البينتين لأنها قد تكون ملكا له وهي في يد الآخر، وإن ادعى دابة أنها له منذ عشر سنين وأقام بهذا بيينة فوجدت الدابة لها أقل من عشر سنين فليينة كاذبة والدابة لمن هي في يده

(فصل) وإذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بالف وشهد أحدهما أنه قضاء ثبت الاقرار فإن حلف مع شاهده على القضاء ثبت والا حلف للقر له أنه لم يقضه ويثبت له الألف وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفا وشهد الآخر أنه قضاء ألفا ثبتت عليه الألف لأن شاهد القضاء لم يشهد بالف عايه وإنما تضمنت شهادته أنها كانت عليه والشهادة لا تقبل إلا صريحه بخلاف المسئلة الأولى فإن البيينة أثبتت الألف بشهادتها الصريحة بها ولو ادعى أنه أقرضه ألفا فقال لا يستحق علي شيئا فقام بيينة بالقرض وأقام المدعى عليه بيينة أنه قضاها ألفا ولم يعرف التاريخ برى بالقضاء لأنه لم يثبت عليه إلا ألف

﴿مسئلة﴾ وإن شهدت بيينة غانم أنه اعتقه في مرضه أيضا عتق أقدمهما تاريخا فإن جهل السابق عتق أحدهما بالقرعة)

وجملة ذلك أنه إذا ادعى سالم أنه اعتقه في مرض موته وادعى عبده غانم أنه اعتقه في مرض موته وأقام كل واحد منهما بيينة بدعواه فلا تعارض بينهما لأن ما شهدت به كل بيينة لا ينفى ما شهدت به الأخرى ولا يكتسبها فثبت اعتاقه لها فإن كانت البينتين مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الأول منهما ورق الثاني إلا أن يجيز الورثة لأن المريض إذا تبرع تبرعا يعجز ثلثه قدم الأول فالأول وإن اتفق تاريخهما أو اطلقتا أو أحدهما فهو صحيح لأنه لا ينافي لأحدهما على الأخرى فيستويان ويفرق بينهما فيعتق من تخرج له القرعة ويرق الآخر إلا أن يجيز الورثة لأنه لا يخلو إما أن يكون اعتقهما معاً فيفرع بينهما كما فعل النبي ﷺ في العبيد الستة الذين أعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن له مال سواهم أو يكون عتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعة كما في مسئلة الطائر وقيل يعتق من كل واحد نصفه .

وهو قول الشافعي لأنه أقرب إلى التعديل منهما فإن في القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق للرق وفي القسمة لا يخلو والمستحق للعتق من حرية ولا المستحق للرق من رق ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين إذا تعارضت بينتان والأول المذهب لأنه لا يخلو من شبهة بإحدى

واحد ولا يكون القضاء الا لما عليه فلماذا جعل القضاء للآلث الثابتة وان قل ما فرضتني ثم أقام بينة بالقضاء لم تقبل بينته في انه قضاء للقرض لانه بانكاره القرض تنين صرفها الى قضاء غيره ولو لم ينكر القرض الا ان بينة القضاء كانت مؤرخة بتاريخ سابق على القرض لم يميز صرفها الى قضاء القرض لانه لا يقضي القرض قبل وجوده

﴿مسئلة﴾ قال (ولو مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافرا فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى الكافر أن أباه مات كافرا فقول قول الكافر مع بينته لان المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف بأن أباه كان كافرا مدعيا لاسلامه وان لم يعترف بأخوة الكافر ولم تكن بينة بأخوته كان الميراث بينهما نصفين لتساوي أبنديهما)

وجملته أنه إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركة وابنين يعترفان أنه أبوها أحدهما مسلم والاخر كافر فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وان الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر لان دعوى المسلم لا تخلو من ان يدعي كون الميت مسلما أصليا فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتدآ وهذا خلاف الظاهر فان المرتد لا يقر على رده في دار الاسلام أو يقول ان أباه كافر فاسم قبل موته فهو معترف بان الاصل ما قاله أخوه مدع زواله وانتقاله والاصل

الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعة ثابتة في كل واحد منهما وقولم ان في القرعة احتمال ارفاق الحر قائما وفي القسمة ارفاق نصف الحر بيقينا وتحرير نصف الرقيق بيقينا وهو أعظم ضررا

﴿مسئلة﴾ (فان كانت بينة أحدهما واردة ولم تكفب الاجنبية فكذلك وان قالت ما اعتق سالما انما اعتق غائما اعتق غانم كله وحكم سالم كحكمه لو لم يعطن في بينته في انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة وإلا فلا ، وان كانت الوراة فاسقة ولم تعلمن في بينة سالم عتق سالم كله وينظر في بينة غانم فان كان تاريخ عتقه سابقا أو خرجت القرعة له عتق كله ، وإن كان متأخرا أو خرجت القرعة لسالم لم يعتق منه شيء . وقال القاضي : يعتق من غانم نصفه وإن كذبت بينة سالم عتق العبدان)

وجلة ذلك ان المريض إذا خلف ابنين لا وارث له سواهما فشهدا انه اعتق سالما في مرض موته وشهد اجنيان انه اعتق غائما في مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يعطن الاثنان في شهادتهما وكانت البينتين عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانتا اجنبيتين سواء لانه قد ثبت ان الميت اعتق العبدين ، وان طعن الاثنان في شهادة الاجنبيين وقالا ما اعتق غائما انما اعتق سالما لم يقبل قولهما في رد شهادة الاجنبية لانها بينة عادلة مثبتة والاخرى نافية وقول المثبت يقدم على قول النافي ويكون حكم ما شهدت به إذا لم تعلمن الوراة في شهادتها انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة ويرق

بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله وهذا معنى قول الحرقى ان السلم باعترافه باخوة الكافر معترف أن أباه كان كافرا مدعيا الاسلامه وذ كراين أبي موسى عن أحد رواية أخرى أنها في الدعوى سواء فالميراث بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عينا في أيديهما ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منها وهو قول أبي حنيفة لان الدار دار الاسلام بحكم باسلام لقيطها ويثبت لليت فيها اذا لم يعرف أصل دينه حكم الاسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على أ. كفان موتى المسلمين ولان هذا حكمه حكم الوتى المسلمين في تسييله والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك في ميراثه ولان الاسلام يملو ولا يملى عليا ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتدا لم تثبت عند الحاكم رده ولم ينته الى الامام خبره وظهور الاسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه ولهذا جعل الشرع أحكامه احكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه وقال القاضي قياس المذهب اننا ننظر فان كانت التركة في ايديهما قدمت بينهما نصفين وان لم تكن في ايديهما اقرع بينهما فن قرع صاحبه حاز واستحق كما قلنا فيما اذا تداعيا عينا ويتنضي كلامه انها اذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه وهذا لا يصلح لان كل واحد منهما يتعرف ان هذه التركة تركتها الميت وانما يستحقها بالميراث فلا حكم ليد، وقول أبو الخطاب يحتمل أن يقف الامر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا وهذا قول الشافعي .

إذا تأخر تاريخه او خرجت التركة لغيره . واما الذي شهد به الابنان فيعتق كله لاقرارهما باعقائه وحده واستحقاقه الحرية .

وهذا قول القاضي وقيل يعتق ثلثاه إن حكم يعتق سالم وهو ثلث الباقي لان العبد الذي شهد به الاجنبيان كما نصوب من التركة والذاهب من التركة يموت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلثا غائم والاول أصح لان العتد بر خروجه من اثاث حل الموت وحال لليت في قول الابنين لم يعتق سالم انما عتق بالشهاد: بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من الثالث قبل موته ان كان الاثنان ذمة بين ولم يردا شهادة لاجنية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الاثنان لنفسهما فلا يقبل قولهما في اسقاط حتى ثبت بيينة عادلة وقد أقر الابنان يعتق غائم فينظر فان تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فن خرجت له القرعة عتق كله كما قلنا في التي قبلها وإن تأخر تاريخ عتقه أو خرجت القرعة لغيره لم يعتق منه شيء لان الاثنين لو كانا عداين لم يعتق منه شيء فاذا كانا فاسقين أولى وقال القاضي وبعض اصحاب الشافعي يعتق نصفه في الاحوال كلها لانه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت عتق الاخر بالينة العادلة فصار بالينة كأنه اعتق العبدان فيعتق منه نصفه .

قال شيخنا : وهذا لا يصح فانه لو اعتق العبدان لا عتقنا أحدهما بالقرعة ولانه في حل تقديم تاريخ من شهدت له البينة لا يعتق منه شيء وكانت بيينة عادلة فمع فسوقها أولى وان كذبت الواردة

ولنا ما ذكرناه من الدليل على ظهور كفره وعند ذلك يتعين الترجيح لقوله وصرف الميراث إليه وأما ظهور حكم الاسلام في الصلاة عليه فلأن الدلالة لا ضرر فيها على أحد وكذلك تفسيله ودفنه ، وأما قوله ان الاسلام يعلو ولا يعلو إلا بما يعلو إذا ثبت والنزاع في ثبوته وهذا فيما إذا لم يثبت فأما إن ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه عليه مع يمينه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وابن النضر ، وقول أبو حنيفة القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلها

ولنا ان الأصل بقاء ما كان عليه وكان القول قول من يدعيه كسائر الواضع فأما ان لم يعترف المسلم بأخوة الكافر وادعى كل واحد منهما ان الميت أبوه دون الآخر فهما سواء في الدعوة لتساوي أياهما ودعوايهما فإن المسلم والكافر في الدعوى سواء ويقسم ميراثه نصفين كما لو كان في أيديهما دار فادعاهما كل واحد منهما ولا بيعة لهما ويحتمل أن يقدم قول المسلم لما ذكرنا والله أعلم .

﴿مسئلة﴾ قل (وان أقام المسلم بيعة انه مات مسلماً وأقام الكافر بيعة انه مات كافراً أمة ذات البيعتان وكما اكن لا بيعة لهما وان قل شاهدان نعرفه كان كافراً وقيل شاهدان نعرفه كان مسلماً والميراث للمسلم لان الاسلام يطراً على الكفر اذا لم يؤرخ شهود معرفتهم) وجلة ذلك انه اذا خلف الميت ولدين مسلماً وكافراً فدعى المسلم انه مات مسلماً وأقام بذلك بيعة وأقام الكافر بيعة من المسلمين انه مات كافراً ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف

الاجنبية فقدلت ما أعتق سالمًا انما أعتق غانما عتق العبدان وقيل يعتق من غانم ثلثاه والاول أولى . (فصل) اذا شهد عدلان أجنيبان انه وصى بعتق سالم و شهد عدلان وارثان انه رجع عن الوصية يعتق سالم ووصى بعتق غانم وقيمتها سواء أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية عتق سالم وقد ذكرناه فان كان الوارثان ناسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما اقرارهما لانهم فيعتق سالم بالبيعة العادلة ويعتق غانم باقرار الورثة بالوصية باعتاقه وحده ، وذكر اتماضي واصحاب الشافعي انه انما يعتق ثلثاه . لانه لما أعتق سالم بشهادة الاجنبيين صار كالمفصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة

ولنا ان الوارثة تقر بأنه حين الموت ثلث التركة وان عتق سالم انما كان بشهادتهما بعد الموت فصار كالمفصوب بعد الموت ولو غضب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه ، وقد ذكر القاضي فيما اذا شهدت بيعة عادلة باعتاق سالم في مرضه ووارثة فاسقة باعتاق غانم في مرضه وانه لم يعتق سالم ان غانما يعتق كله وهذا مثله ، فأما ان كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فلوارثة منهمة لكونها ترد الى الرق من كثرت قيمته فترد شهادتهما في الرجوع كما ترد شهادتهما بالرجوع عن الرصية بعتق سالم ويعتق غانم كله أو ثلث الباقي على ما ذكرنا من الاختلاف فيما اذا كانت فاسقة

أصل دينه فظرونا في لفظ الشهادة فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به، فحما متعلوستان وإن شهدت إحداها أنه ملت على دين الإسلام وشهدت الأخرى أنه ملت على دين الكفر، قيمت يئنة من يدعي انتقاله من دينه لأن البقية له على أصل دينه ثبتت شهادتها على الأصل الذي تعرفه لأنهما إذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذي عرفاه واليئنة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى فقدمت عليها كما لو شهدا بأن هذا العيد كان ملكاً لفلان إلى أن مات وشهد آخران أنه اعتقه أو باعه قبل موته قدمت يئنة البتق والسبع، فأما إن قال شاهدان نعرفه قبل موته قد كانت مسلماً وقال شاهدان نعرفه كان كافراً فظرونا في تاريخهما فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين عمل بالآخره منهما لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى إلى ما شهدت به الآخره، وإن كانتا مطلقتين أو أحداها مطلقة قدمت يئنة المسلم لأن المسلم لا يقر على الكفر في دار الإسلام وقد يسلم الكافر فيقر وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد نظرت في شهادتهما فإن كانت على اللفظ فحما متعلوستان وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فحما متعلوستان وإن عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تمارضت البيئتان فقال الخرق تسقط البيئتان ويكونان كن لا يئنة لهما وقد ذكرنا روايتين آخريتين (أحداها) يقرع بينهما فن خرجت لما قرعة حلف وأخذ (والثانية) تقسم بينهما ونحو هذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة

فإن لم تشهد الواردة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعق غانم وهي يئنة عادة ثبتت الوصيتان سواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة إن خرجا من الثلث وإن لم يخرجوا من الثلث أقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويمتق تمام الثلث من الآخر سواء تقدمت إحدى الوصيتين عن الأخرى أو استوتا لأن التقدم والمتأخر من الوصايا سواء

(فصل) ولو شهدت يئنة عادة أنه وصى يزيد بثلاث ماله وشهدت يئنة أخرى أنه رجع عن الوصية لزيد ووصى لمعرو بثلاث ماله وشهدت يئنة ثالثة أنه رجع عن الوصية لمعرو ووصى لبكر بثلاث ماله صحت الشهادة كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البيئات من الورثة أو لم تكن لأنه لا تهمه في حقهم وإن كانت شهادة البيئتين الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة لأنه قد ثبت بالبيئتين الثانية أنه رجع عن الوصية لزيد وهي إحدى الوصيتين، فعلى هذا ثبتت الوصية لمعرو، وإن كانت البيئتين شهدتا بالوصية لمعرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة برجوعه عن إحدى الوصيتين لا يعينها فقال إمامنا لا تصح الشهادة وهو مذهب الشافعي، لأنهما لم يعينا المشهود عليه وتصير كل واحدة لا تشهدان لهذا على هذين ألفاً أو أن واحد هذين على هذا ألفاً فيكون الثلث بين الجميع أثلاثاً، وقال أبو بكر قياس قول أبي عبد الله أنه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرع بينهما فن خرجت له القرعة بالرجوع عن وصيته بطلت وهذا قول ابن أبي موسى وإذا صح

تقدم بينة الاسلام على كل حال وقد مضى الكلام معه وقول الحرقى فيما اذا قال شاهدان نعرفه كان مسلماً وقال شاهدان نعرفه كان كافراً محمول على من لم يعرف أصل دينه أو علم ان اصل دينه الكفر ، أما من كان مسلماً في الاصل فينبغي أن تقدم بينة الكفر لان بينة الاسلام يجوز أن تستند الى ما كان عليه في الاصل (فصل) وان خلف ابناً مسلماً وأخاً كافراً فاختلغا في دينه حال الموت فالحكم فيها كالتي قبلها وهكذا سائر الاقارب إلا أن يخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين أو غيرهما من الاقارب ويختلفون في دينه فإن كون الابوين كافرين بمنزلة معرفة اصل دينه لان الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه ثبت انه كان كافراً وان الابنين يدعيان اسلامه فيكون القول قول الابوين وإن كانا مسلمين فالقول قولهما في اسلامه لان كفره يثبت على انه كان مسلماً فارتد أو ان أبويه كانا كافرين فأسلما بعد بلوغه والأصل خلافه .

(فصل) ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت فادعت انها أسلمت قبل موته فأنكرها الورثة فالقول قول الورثة لان الاصل عدم ذلك وان لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة انها كانت كافرة فأنكرتهم فالقول قولها لان الاصل عدم ما ادعوه عليها ، وان ادعوا أنه طلقها قبل موته فأنكرتهم فالقول قولها وان اعترفت بالطلاق واقضاء العدة وادعت أنه راجعها فالقول قولهم وان اختلفوا في انقضاء عدتها فالقول قولها في أنها لم تنقض لان الاصل بقاؤها ولا نعلم في هذا كله خلافاً بهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على ان احدهما كان مسلماً حين موت أبيه وادعى الآخر أنه أسلم في حياة أبيه وجحدته أخوه فالمراث للمنفق عليه لان الاصل بقاء الكفر الى ان يعلم زواله وعلى أخيه اليمين ويكون على نفي العلم لانها على نفي فعل أخيه الا ان يكون ثبت أنه كان مسلماً قبل القسمة فإن من أسلم على ميراث قبل ان يقسم قسم له وان كان احدهما حراً والآخر رقيقاً ثم عتق واختلغا في حريته عند الموت فالقول قول من ينفيها وان لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً فادعى عليه انه كان كذلك فأنكر فالقول قوله والميراث بينهما لان الاصل الحرية والاسلام وعدم ما سواهما

الرجوع عن احدهما بغير تعيين صحت الشهادة به لذلك، ووجه ذلك ان الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين الرجوع عن وصيته

(فصل) اذا شهد شاهدان انه وصى لزيد بثلاث ماله وشهد واحد انه وصى لعمرو بثلاث ماله ابني هذا على الشاهد واليمين هل يمارض الشاهدين؟ فيه وجهان (أحدهما) يتعارضان فيحلف عمر مع شاهده ويقسم الثالث بينهما لان الشاهد واليمين حجة في المال فأشبهه الشاهدين (والثاني) لا يمارضهما لان الشاهدين أقوى فعلى هذا ينفرد زيد بالثالث وتقف وصية عمرو على اجازة الورثة . فاما إن شهد واحد انه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلاثة فلا تعارض بينهما ويحلف عمرو مع

٢١٩ حكم ما لو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت قبل ابنها الخ [المغني والشرح الكبير]

(فصل) وان اسلم أحد الابنين في غرة شعبان واسلم الآخر في غرة رمضان واختلفا في موت أبيهما فقال الاول منهما مات في شعبان فورثته وحدي وقال الآخر مات في رمضان فالمراث بينهما لان الاصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها فان اقام كل واحد منهما بيته بداعواه ففيه وجهان (أحدهما) يتمازحان (والثاني) تقدم بيته موته في شعبان لان معما زيادة علم لانها بينت موته في شعبان وبجوزان يخفى ذلك على البيته الاخرى (فصل) وإن اختلفا في دار فادعى أحدهما ان هذه داري ورثتها من أبي وادعى الآخر أنها داره ورثتها من أبيه وليس أحدهما أخا للآخر وكانت في يد أحدهما فهي للذي هي في يده سواء كان مسلما أو كافرا وان كانت في أيديهما فهي بينهما. وان كان لكل واحد منهما بيته وهي في أيديهما تعارضتا وكان الحكم فيها على ما قدمنا في مثلها

(مسئلة) قال (وإذا ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت قبل ابنها فورثناها ثم مات ابني فورثته وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لآبيه وميراث المرأة لأخيهما وزوجها نصفين)

وجعلته أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضاً واختلف الأحياء من ورثتهم في أسبقهم بالموت كأمراة وابنها ماتا فقال الزوج ماتت المرأة أولا فصار ميراثها كله لي ولا بني ثم مات ابني فصار ميراثه لي وقال أخوها مات ابنها أولا فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بيني وبينك نصفين حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته دون من مات معه لان سبب استحقاق الحي من موروثه موجود وانما يتمتع بقاء موروث الآخر بعده وهذا أمر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لآبيه لا مشارك له فيه وميراث للمرأة بين أخيها وزوجها نصفين وهذا مذهب الشافعي فان قيل قد اعطينم الزوج نصف ميراث

شاهده وثبت الوصية له والفرق بين المسئلتين ان في الاول تقابل البيتان قدمنا اقرارهما، وفي الثانية لم يتقابلا وانما ثبت الرجوع وهو ثبت بالشاهد واليعين لان المقصود به المال وهذا مذهب الشافعي (فصل) اذا اختلفا في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بيته ان هذه الدار كانت أمس ماله أم لا منذ شهر فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها؟ على وجين (أحدهما) تسمع ويحكم بها لانها ثبتت الملك في الماضي واذا ثبت استديم حتى يعلم زواله (والثاني) لا يحكم بها، قال القاضي وهو الصحيح لان الدعوى لا تسمع ما لم يدع المدعي الملك في الحال فلا تسمع بيئته على ما لم يدعه، لكن ان انضم الى شهادتهما بيان سبب يد الثاني وتعريف تقديمهما فقالا نشهد انها كانت ماله أمس فقضيتها هذا منه أو سرقها أو ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك سمعت وقضي بها لانها اذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك ولا تنافي بين ما شهدت به البينة وبين دلالة اليد لجواز أن تكون ملكه أمس ثم تنتقل

للرأة وهو لا يدعي الا الربع قلنا بل هو مدع له كله ربه ميراثه منها وثلاثة ارباعه بارثه من ابنه قال أبو بكر وقد ثبتت البنوة يقيين فلا يقطع ميراث الاب منه الا بيينة تقوم الاخ وهذا تعليل لقول الخري في هذه المسئلة وذكر قول آخر أنه يحتمل ان الميراث بينهما نصفين قال وهذا اختياري ان كل رجلين ادعيا مالا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين وهذا لا يدري ما أراد به ان أراد ان مال المرأة بينهما نصفين فهو قول الخري وليس بقول آخر وان أراد ان مالها ومال الابن بينهما نصفين لم يصح لانه يفضي الى اعطاء الاخ مالا يدعيه ولا يستحقه يقينا لانه لا يدعي من مال الابن اكثر من سدسه ولا يمكن ان يستحق أكثر منه وان أراد ان ثلث مال الابن يضم الى مال المرأة فيقسمانه نصفين لم يصح لان نصف ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينزعه الاخ فيه وإنما النزاع بينهما في نصفه ويحتمل ان يكون هذا مراده كما لو تنازع الاخ فيه وإنما النزاع بينهما خفي كما لو تنازع رجلان دارا في أيديهما فادعاهما أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها فانها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعي النصف الا أن الفرق بين هذه المسئلة وتلك ان الدار في أيديهما فكل واحد منهما في يده نصفها فدعي النصف يدعيه وهي في يده قبل قوله فيه مع يمينه وفي مسئلتنا يعترفان أن هذا ميراث عن اليمين فلا يد لاحدهما عليه لاعتراضهما بأنه لم يكن لهما وإنما هو ميراث يدعيانه عن غيرهما وان اراد أن يضم سدس مال الابن الى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه لانهما تساويا في دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة في أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به والذي يقتضيه قول أصحابنا في الخري والمدعي ان يكون سدس ميراث الابن للاخ وباقي الميراثين للزوج لاتنا تقدر ان المرأة ماتت أولا فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورث الزوج كل ما في يده فصار ميراثها كله لزوجها ثم تقدر ان الابن مات أولا فورثه أبواه لأمه الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الاخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق ورثتهما على الجبل

الى صاحب اليد ، وذا ثبت ان سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب القضاء باستدامة الملك السابق، وان أقر المدعي عليه انها كانت ملكا للمدعي أمس أو فيما مضى سمع اقراره وحكم به في الصحيح لانه حينئذ يحتاج الى بيان سبب انتقالها اليه فيصير هو المدعي فيحتاج الى البيينة ويفارق البيينة من وجهين (أحدهما) انه اقوى من البيينة لكونها شهادة من الانسان على نفسه ويزول بها نزاع بخلاف البيينة ولهذا تسمع في المجهول ويقضى به بخلاف البيينة (والثاني) ان البيينة لا تسمع إلا على مادعاه والدعوى يجب أن تكون معلقة بالحال والاقرار يسمع ابتداءً ، وإن شهدت البيينة انها كانت في يده أمس ففي سماعها الوجهان وان أقر المدعي عليه بذلك، والصحيح انه يسمع ويقضى به لما ذكرنا

فصل قال الشيخ رحمه الله (اذا مات رجل وخلف ولدين مسلماً وكافراً فادعي كل واحد

به والقولان المتقدمان قول الحرفي وقول أبي بصير فيما إذا ادعى ورثة كل ميت أنه مات أخيراً وإن الآخر مات قبله فإن كان لأحدهما بينة بما ادعاه حكم بها وإن أقاما بينتين تعارضتا وهل تسقطان أو تستعملان فيمزع بينهما أو يقتسمان ما اختلفا فيه؟ يخرج على الروايات الثلاث والله اعلم (فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعت امرأته أنه أصدقها إياها أو أنها اشترتها منه فأنكرها فالتقول قوله مع يمينه لأن القول قول النكر مع يمينه وإن أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة المرأة لأنها تشهد بزيادة خفيت على بينة الزوج وإن مات الرجل وخلف لنا فادعى الابن أنه خلف الدار ميراثاً وادعت المرأة أنه أصدقها إياها أو باعها إياها وأقاما بينتين قدمت بينة المرأة لذلك فإن لم تكن بينة فالتقول قول الابن مع يمينه لأن لم في هذا خلافاً

(فصل) وإذا ادعى رجل أنه أكثرى يتام من دار لرجل شهراً بعشرة فادعى الرجل أنه أكثرى الدار كلها بعشرة ذلك الشهر ولا بينة لواحد منهما فقد اختلفا في صفة العقد في قدر المكثري فيتحالفتان وقد مضى حكم التحالف في البيع وذكر أبو الخطاب فيما إذا ادعى البائع أنه باعه عبده هذا بعشرة وقال المشتري بل هو والعبد الآخر بعشرة فالتقول قول البائع مع يمينه ولم يجعل بينهما تحالفاً لأن المشتري يدعي بيعاً في العبد الزائد ينكره البائع والتقول قول النكر وهذا مثله فلي هذا يكون القول قول المكثري مع يمينه إذا عدت البينة وإن أقام أحدهما بدعواه بينة حكم له وإن كان مع كل واحد بينة تعارضتا سواء كانتا متينتين أو مؤرجحتين بتاريخ واحد أو إحداها مؤرخة والأخرى مطابقة لأن العقد على البيت مردا وعلى الدار ذهاباً في رهن واحد محال فإن قلنا تسقطان فالحكم فيه كما لو لم يكن بينهما بينة وإن قلنا يقرع بينهما قدمنا قول من تقع له القرعة وهذا قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي وعلى قول أبي الخطاب تقدم بينة المكثري لأنها تشهد بزيادة وهو قول بعض أصحاب الشافعي فإن قيل فهلا أو جبنم الآخر معاً على المكثري كما قلتم فيما إذا قامت البينة أنه تزوجها يوم الخميس بألف فقامت بينة أخرى أنه تزوجها يوم الجمعة بمائة يجب المهران قلنا ثم يجوز أن يكون

منهما أنه مات على دينه فإن عرف أصل دينه فالتقول قول من يدعيه وإن لم يعرف فالميراث للكافر لأن المسلم لا يقر ولده على الكفر في دار الإسلام)

إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركته وابنين أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وإن الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر ذكره الحرفي لأن دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعي كون الميت مسلماً أصلياً فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتدّاً وهذا خلاف الظاهر فإن المراد لا يقر على ردة في دار الإسلام أو يقول إن أباه كان كافراً فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الأصل ما قاله أخوه مدع زواله وانتقاله والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله، وذكر ابن أبي موسى عن محمد رواية أخرى أنها في الدعوى سواء فالميراث

٢٢٢ حكم ما لو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفا (الغني والشرح الكبير)

المهران مستقرين بأن يتزوجها يوم الخميس ويدخل بها ثم يخالعا ثم يتزوجها يوم الجمعة وأما الأجرة فلا تستقر إلا بمضي الزمان فإذا عقد عنداً قبل مضي المدة لم يجوز أن يجزى أن يجزى الأجرتان

(مسئلة) قال (ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفا وشهد آخران على رجل آخر أنه أخذ من الصبي ألفا كان على ولي الصبي أن يطالب أحدهما بالألف إلا أن تكون كل بيعة لم تشهد بالألف الذي شهدت به الأخرى فيأخذ الولي الألفين)

أما إذا كانت كل بيعة شهدت بألف غير معين فإن الولي يطالب بالألفين جميعاً لأن كل واحد من الرجلين ثبت عليه أحد الألفين فيلزمه أدائها وعلى الولي أن يطالب بها كما لو أقر كل واحد منهما بألف وأما أن كان الشهود به ألفاً معيناً فشهدت بيعة أن هذا الرجل هو لا أخذ لها لم يجب إلا ألف واحد والولي مطالبة أيهما شاء لأنه قد ثبت أن كل واحد منهما أخذ الألف فإن كل من يردده فقد استقر في ذمته وإن كان رده إلى الصبي لم تبرأ ذمته برده إليه لأنه ليس له قبض صحيح فإن غرمه الذي لم يردده لم يرجع على أحد لأنه استقر عليه وإن غرمه الراد له رجع على الذي لم يردده فإن غرمه أحدهما فادعي

بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عينا في يديهما ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما وهو قول أبي حنيفة لأن الدار دار الإسلام يحكم بالإسلام لقيطها ويثبت للميت فيها إذا لم يعرف أصل دينه حكم الإسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على تكفين أموات المسلمين ولأنه يدفن في مقابر المسلمين ويفصل فيثبت فيه سائر أحكام المسلمين فكذلك في ميراثه ولأن الإسلام يملو ولا يبلى ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتداً لم تثبت عند الحاكم رده ولم ينته إلى الإمام خبره وظهور الإسلام بناء على هذا أظهر من ثبوت الكفر بناء على كفر أبيه ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا للتنازع فيه وقال القاضي قياس المذهب أننا ننظر فإن كانت التركة في أيديهما اقترع بينهما فن قرع صاحبه حاف واستحق كما قلنا فيما إذا تداعيا عينا ويقتضي كلامه أنها إذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه وهذا قول لا يصح لأن كل واحد منهما يقر بأن هذه التركة تركتها لهذا الميت وأنه إنما يستحقها بالميراث فلا حكم ليد، وقال أبو الخطاب يحتمل أن يتف الأمر حتى يعرف أصل دينه أو بصطاحها وهذا قول الشافعي وقد ذكرنا الدليل على ظهور كذره فأما ظهور حكم الإسلام في الصلاة عليه وغسله وغير ذلك فإن هذا لا ضرر فيه على أحد وأما قوله أن الإسلام يملو ولا يبلى فأنما يملو إذا ثبت والتزاع في ثبوته وهذا إذا لم يثبت أصل دينه فإن ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه مع يمينه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر وقال أبو حنيفة القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلها

ولنا إن الأصل بقاء ما كان عليه فمكان القول قول من يدعيه كسائر النواضع وأما أن لم يمتدح

ان الضمان استقر على صاحبه ليرجع عليه فاقول قول الآخر مع يمينه ، لان الأصل عدم استقراره عليه
 ﴿مسألة﴾ قال (ولو أن رجلين حربيين جاءا من أرض الحرب فذكر كل واحد منهما أنه أخو صاحبه جملناهما أخوين وان كانا سبيا فادعيا ذلك بعد ان انتقا فيراث كل واحد منهما لمعتقه اذا لم يصدقها الا أن تقوم بما ادعياه بينة من المسلمين فيثبت النسب ويورث كل واحد منهما من أخيه)

وجلت أنه أهل الحرب اذا دخلوا اليها مسلمين أو غير مسلمين فأقر بعضهم بنسب بعض ثبت نسبهم كما ثبت نسب أهل دار الاسلام من المسلمين وأهل الذمة بأقارامهم ولأنه اقرار لا ضرر على أحد فيه فقبل كأقارامهم بالحقوق المالية ولا نعلم في هذا خلافاً، وان كانوا سبيا فأقر بعضهم بنسب بعض وقامت بذلك بينة من المسلمين ثبت أيضاً سواء كان الشاهد أسيراً عندهم أو غير أسير ويسمى الواحد من هؤلاء حميلاً أي محمولا كما يقال للمقتول قتيلاً والجرح جرحاً لانه حمل من دار الكفر وقيل سمي حميلاً لانه حمل نسبه على غيره وان شهد بنسبه الكفار لم تقبل وعن أحمد رواية أخرى ان شهادتهم في ذلك تقبل لتعذر شهادة المسلمين به في الغالب فأشبه شهادة أهل الذمة على الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم والمذهب الاول لاتنا إذا لم تقبل شهادة الفاسق فشهادة الكافر أولى وانما لم يقبل إقرارهم لما في ذلك من الضرر على السيد بتفوت ارثه بالولاء على تقدير العتق وان صدقهما متتبعهما قبل ، لان الحق له وان لم يصدقهما ولم تقم بينة بذلك لم يرث بعضهم من بعض وميراث كل واحد منهما لمعتقه وهذا قول الشافعي فيما إذا أقر بنسب أب أو أخ أو جد أو ابن عم وان أقر بنسب فقيه ثلاثة أوجه .

المسلم أنه أخوه وادعى كل واحد منهما ان الميت أبوه دون الآخر فهما سواء في الدعوى لتساوي أيديهما عليه ودعاويهما فان المسلم والكافر في الدعوى سواء ويقسم المال بينهما نصفين كما لو كان في أيديهما دار فادعى كل واحد منهما انها له ولا بينة لهما ويحتمل ان يقدم قول المسلم لان حكم الميت حكم المسلمين في غسله والصلاة عليه وسائر أحكامه، وقال القاضي يقرع بينهما كما إذا ادعيا عينا في يد غيرهما ولم يدعيا لنفسه ويحتمل ان يقف الامر حتى يعرف أصل دينه وهو قول الشافعي الا ان يصطلح
 ﴿مسألة﴾ (وان أظم كل واحد بينة انه مات على دينه تعارضت وان قال شاهدان نعرفه مسلماً وقال شاهدان نعرفه كافراً فليراث للمسلم إذا لم تؤرخ الشهود معرفتهم)

ما إذا أقاما بينتين كل واحد بينة انه مات على دينه ولم يعرف أصل دينه تعارضتا وان عرف أصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة فان شهدت كل واحدة منهما انه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به فهما

(أحدها) لا يقبل (والثاني) يقبل لأنه يملك أن يستولد فملك الاقرار به (والثالث) أن يمكن أن يستولد بعد عتقه قبل لأنه يملك الاستيلاء بعد عتقه والا لم يقبل لأنه لا يملك قبل عتقه أو يستولد قبل عتقه ويروى عن ابن مسعود ومسروق والحسن وابن سيرين أن أقراره يقبل فيما يقبل فيه الاقرار من الاقرار الأصاين وبه قال أبو حنيفة لأنه مكلف أقر بنسب وارث مجهول النسب يمكن صدقه فيه وواقفه للقر له فيه فقبل كما لو أقر من له أخ بنسب ابن وبهذا الأصل يبطل ما ذكره . ولنا ما روى الشعبي أن عمر رضي الله عنه كتب إلى شريح أن لا تورث حميلا حتى تقوم به بينة رواه سعيد ، وقال أيضاً حدثنا حفيان عن ابن جعدان عن سعيد بن المسيب قال كتب عمر بن الخطاب أن لا تورث حميلا الا بينة ، ولأن أقراره يتضمن إسقاط حق معتقه من ميراثه فلم يقبل كما لو أقر أنه مولى لغيره فإن غيره شريكه في ولائه وفارق الاقرار من الحر الذي له أخ ، لأن الولاء نتيجة الملك فجري مجراه ، ولأن الولاء ثبت عن عوض والاخوة بخلافه الا ترى أنه لو قال لغيره اعتق عبدك عني وعلي ثمنه صح ولم يثبت له الا الولاء ؟ وإذا ثبت أنه بموضع كان أقوى من النسب وأما قدمنا النسب في الميراث لقربه لا لقوته كما تقدم ذوي الفروض على المصبة مع قربهم .

(فصل) وإذا كانا مختلفي الدين لم يثبت النسب بأقرارهما وإن لم يتوارثا لأنه يحتمل أن يسلم الكافر منهما فيرث ولذلك لو أقر بالنسب في حال رقهما لم يثبت لاحتمال التوارث بالعتق وإن ولد لكل واحد منهما ابن من حرة فأقر كل واحد منهما للآخر أنه ابن عمه احتمل أن يقبل أقراره لأنه لا ولاء عليه فيقبل أقراره لوجود المقتضي لقبوله وانتفاء المعارض واحتمل أن لا يقبل لأنه يرثه المسلمون ولأنه إذا لم يقبل أقرار الأصول فالفروع أولى فإن قلنا يقبل أقرارهما فأقر أحدهما لأبي الآخر أنه عمه لم يثبت الاقرار بالنسبة إلى أنه ابن أخيه لأنه لو ثبت لورث عمه دون مولاه بالعتق له وهل يثبت بالنسبة إلى العم فيرث ابن أخيه ؟ يحتمل أن يثبت لانتفاء الولاء عن ابن الأخ فلا تنفي صحة الاقرار إلى إسقاط الولاء والاولى أنه لا يثبت لأنه لم يثبت بالنسبة إلى أحد الطرفين فلم يثبت في الآخر .

متعارضان وإن شهدت أحدهما أنه مات على دين الاسلام وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعي انتقاله عن دينه لأن المبيعة له على أصل دينه ثبتت شهادته على الأصل الذي تعرفه لانهما إذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذي عرفاه والبينة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى فقدمت عليها كالمشهدا أن هذا العبد كان ملكا فلان إلى أن مات وشهد آخران أنه اعتقه أو باعه قبل موته فقدمت بينة العتق والبيع فأما أن قال شاهدان نعرفه مسلماً وقال شاهدان نعرفه كافراً نظرنا في تاريخهما فنأخذهما على العمل بالآخره منهما لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى إلى ما شهدت به الأخرى وإن كانتا معلقتين أو أحدهما مطلقة قدمت بينة المسلم لأن المسلم لا يقر على الكفر في دار الاسلام وقد يسلم الكافر فيقر وإن كانتا مؤرختين .

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كان الزوجان في البيت فافترقا أو ماتا فادعى كل واحد منهما ما في البيت أنه له أو ورثته حكم بما كان يصلح للرجل الرجل وما كان يصلح للنساء للمرأة وما كان يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفين)

وجملة ذلك أن الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت أو في بعضه فقال كل واحد منهما جميعه لي أو قال كل واحد منهما هذه العين لي وكانت لاحدهما بيينة ثبت له بلا خلاف وإن لم يكن لواحد منهما بيينة فلهنصوص عن احمد أن ما يصلح للرجال من العائم وقصائهم وجبايهم والاقبية والعليلة والسلاح وأشياء ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه وما يصلح للنساء كحليهن وقصهن ومقانهن ومنازلهن فالقول قول المرأة مع يمينها وما يصلح لهما كالفاراش والاواني فهو بينهما وسواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم وسواء اختلفا في حل الزوجية أو بعد البيئونة وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر

قل احمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختن في الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعي المرأة المتاع: فما كان يصلح للرجل فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقدم ان يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما وإن كان المتاع على يدي غيرهما فن أقام البيينة دفع اليه وإن لم تكن لها بيينة أقرع بينهما فن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع، وقل في رواية منها: وكذلك إن اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قل اثوري وابن أبي لبلى

وقال القاضي هذا انما هو فيما اذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه، وإن كان في أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما أو لاحدهما وهذا قول أبي حنيفة وابن الحسن إلا أنهم اختلفوا لا ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فقول فيه قول الرجل مع يمينه، وإذا اختلف أحدهما وورثة الآخر فقول قول النافي منه لأن اليد للشاهدة أقوى من اليد الحكيمة بدليل أنه لو تنازع الخياط وصاحب الدار في الأبرة وانقص كانت للخياط

وقال أبو يوسف اتقول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهاز مثلاً، وقال مالك ما يصلح لكل

بتاريخ واحد نظرنا في شهادتهما فان كانت على اللفظ فهما متعارضتان وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تعارضت البيئتان فقال الحرقى تسقط البيئتان ويكونان كمن لا بيينة لهما وقد ذكرنا روايتين أخريين (أحدهما) يقرع بينهما فن خرجت له القرعة حلف وأخذ (والثانية) يقسم بينهما ونحو هذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة تقدم بيينة الاسلام على كل حال وقد مضى الكلام معه وقد قال الحرقى إذا قال شاهدان نعرفه كان مسلماً وقال شاهدان نعرفه كان كافراً فالمراث للمسلم إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم وهو محمول على

واحد معها فهو له وما صلح لها كان للرجل سواء كان في أيديهما من طريق الشهادة أو من طريق الحكم لأن البيت للرجل ويده أقوى عليه لأن عليه السبكي وقال الشافعي وزفر والبي كل ما في البيت بينهما نصفين فيحطب كل واحد منهما على نصفه ويأخذه . وروي نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لانهما تناوبا في ثبوت يدهما على اللدعي وعدم البيعة فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالتدعي يصلح لهما أو كما كان في يدهما من حيث الشهادة عند من سلم ذلك

ولنا أن أيديهما جميعاً على متاع البيت بدليل مالو نازعهما فيه أجنبي كان القول قولهم . وقد يرجح أحدهما على صاحبه يداً وتصرفاً فيجب أن يقدم كالو تنازعا دابة أحدهما . وكبها والآ خر آخذ بزمامها أو قبضاً أحدهما لابسها والآ خر آخذ بكعبه أو جداراً منصلاً بهما معقوداً بينهما أحدهما أو له عليه أزوج

ولنا على أبي حنيفة والقاضي انهما تنازعا فيما في أيديهما ولا مزية لأحدهما على صاحبه أشبه إذا كان في اليد الحكيمة ، فأما ما كان يصلح لهما فانه في أيديهما ولا مزية لأحدهما على صاحبه أسببه إذا كان في أيديهما من جهة الشهادة والدلالة على انه ليس لذي أن وارث الميت قائم مقامه أنبه مالو وكل أحدهما لنفسه وكلاهما إذا لم يكن لهما يد حكيمة بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قماش بينهما فلا يرجح أحدهما بصلاحيته ذلك له بل إن كانت في أيديهما فهي بينهما وإن كانت في يد أحدهما فهي له وإن كانت في يد غيرهما اقترعا عليها فمن خرجت له قرعة فهي له واليمين على من حكماهما له في كل الموضع لانه ليس لهما يد حكيمة فأشبهها سائر المختلفين

(فصل) وإذا كان في الدكان نجار و عطار فاختلعا فيما فيها حكم بألة كل صناعة لصاحبها فألة المطارين للمطار وآلة النجارين للنجار وإن لم يكونا في دكان واحد لكن اختلفا في عين لم يرجح أحدهما بصلاحيته العين المختات فيها له كما ذكرنا في الزوجين ويكون ذلك كتنازع الأجابين

(فصل) وإذا اختلف المكزي والمكثري في شيء في الدار نظرت فإن كان مما يتقل ويحول كالاثاث والأواني والكتب فهو للمكثري لان العادة ان الانسان يكري داره فارغة من رحله

من لم يعلم أصل دينه أو على أن أصل دينه الكفر امامن كان مسلماً في الأصل فينبغي أن تقدم دينه الكفر لان بيعة الاسلام يجوز أن تستند الى ما كان عليه في الأصل

(فصل) وإن خلف ابناً مسلماً وأخاً كافراً فاختلعا في دينه حال موته فالخلف فيه كالتدعي قبلها وهكذا سائر الأقارب .

(مسألة) (وإن خلف ابوين كافرين وابنين مسلمين فاختلعا في دينه فالقول قول الابوين ويحتمل أن القول قول الابنين)

وقاشه وان كان في شيء مما يتبع في البيع كالأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسورة والسلالم المستورة والمفاتيح والرحا المنصوبة وحجرتها المتخاني فهو للمكري لانه من توابع الدار فأشبهه الشجرة المزروعة فيها وان كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقل اجمداً إذا اختلغا في الرفوف فهي لصاحب الدار فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها وقل القاضي كلام احمد مجرول على المسورة فأما غير المسورة فهي بينهما إذا تماثلا لأنها لا تتبع في البيع فأشبهت القماش وهذا ظاهر يشهد للمكثري ، وللمكري ظاهر يعارض هذا وهو ان المكري يترك الرفوف في الدار ولا ينقلها عنها فإذا تعارضوا الظاهران من الجانبين استويا وهذا مذهب الشافعي فلي هذا إذا تماثلا كانت بينهما وان حالف أحدهما ونكح الآخر فهي ان حالف وذكر انقاضي في موضع آخر وأبو الخطاب أنه ان كان لارف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه وان لم يكن له شكل منصوب تماثلا وكان بينهما لانه اذا كان له شكل منصوب في الدار فلكل شكل تابع للدار فهو لصاحبها والظاهر ان احد الرفين لمن له الآخر وكذلك ان اختلفا في مصراع باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا لان أحدهما لا يستغني عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كاللحجر الفوقاني من الرحا والمفتاح مع السكرة ووجه ظاهر كلام أحمد في ان الرفوف لصاحب الدار على كل حال ان العادة جارية بترك الرفوف في الدار ولم تجر بنقل المكثري لما معه فكانت لصاحب الدار كالذي له شكل منصوب ولأنها اذا كانت لما أوتاد منصوبة فالأوتاد لصاحب الدار فكذلك ما نصت له كاللحجر الفوقاني من الرحا اذا كان السفلا في منصوبها وفتح السكرة المسورة

(فصل) وإذا كان الخياط في دار غيره فاختلغا في الابرة والمقص فهي الخياط لان تصرفه فيهما أكثر وأظهر وأظهر منه لان الانسان اذا دعا خياطاً ليخيط له فالعادة ان يحمل معه ابرته ومقصه وإن اختلفا في اتميص فهو لصاحب الدار اذ ليست العادة أن يحمل اتميص معه بخيطه في دار غيره وإنما المادة أن يخيط قميص صاحب الدار فيها وان اختلف صاحب الدار والنجار في القدوم والانشاء وآلة التجارة فهي للنجار وان اختلفا في انشابة المنجورة والابواب والرفوف المنشورة فهي لصاحب الدار ، وان اختلف التجار ورب الدار في قوس النصف فهو للتجار وان اختلفا في الغرش والقطن

ظاهر المذهب أن القول قول الابوين لان كون الابوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه لان الولد قبل بلوغه محكوم له بدين ابويه فيثبت انه كان كافراً في صفه . ويحتمل أن القول قول الابنين لان كفر أبويه يدل على أصل دينه في صفه واسلام ابنيه يدل على اسلامه في كبره فيعمل بهما جميعاً يحمل كل واحد منهما على متضاه فهو كما لو قال شاهدان نمره كافراً في صفه وقال شاهدان نمره مسلماً في كبره

(فصل) وان خلف ابناً كافراً وأخاً وامراً مسلمين واختلفوا في دينه فالقول قول الابن على

والصوف فهو لصاحب الدار وإن اختلف رب الدار والسقا في القرية فهي للسقا وإن اختلفا في الخاوية والجرار فهي لصاحب الدار لما ذكرنا

(فصل) وإذا تنازع رجلان دابة أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها فالراكب أولى بها لأن تصرفه فيها أقوى ويده أكد وهو المستوفي لمنعتها وإن كان لأحدهما عليها حل والآخر أخذ بزمامها فهي لصاحب الحل لذلك وإن كان لأحدهما عليها حل والآخر راكب عليها فهي للراكب لأنه أقوى تصرفاً وإن اختلفا في الحل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب لأن يده على الدابة والحمل معاً فأشبه مالو اختلف الساكن وصاحب الدار في قاش فيها ، وإن تنازع صاحب الدابة والراكب في السرج فهو لصاحب الدابة لأن السرج في العادة يكون لصاحب الفرس ، وإن تنازع اثنان في ثياب على عبد لأحدهما فهي لصاحب العبد لأن يد العبد عليها وإن تنازع صاحب الثياب والآخر في العبد الملبس لها فهما سواء لأن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب ومذهب الشافعي في هذا الفصل والذي قبله كما ذكرنا

(فصل) فإن اختلف صاحب أرض ونهر في خائط بينهما فهو لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به

وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب النهر لأنه أنفعه وقول أبو يوسف ومحمد هو لصاحب الأرض لأنه متصل بأرضه

ولنا أنه حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه فيكون لهما كما لو تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما أو حائط بين داريهما وما ذكره من الترجيحين متقابل فيستويان وإن تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما فهو بينهما لذلك وكل موضع قلنا يقسم بينهما نصفين قلنا يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يصل له دون النصف الآخر لأن ما يحصل له لا يفيد الحلف عليه شيئاً فلا يستحلف عليه كما يدعي لا يحلف على ما يأخذه المدعي عليه

(فصل) وإن تنازعا عمارة طرفها في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر أو قيصياً كما في يد أحدهما وباقيها مع الآخر فهما سواء فيها لأن يد المالك بالعارف عليها بدليل أنه لو كان باقيها على الأرض

قول الخري . ووجه ما سبق فيما إذا خاف ابنين مسلماً وكافراً وقال أماني يقرع بينهما وقد سبق تعليقه في مسألة الابنين . وقال أبو بكر قياس المسئلة أن تعطى المرأة الربع ويقسم الباقي بين الاخ (والابن نصفين لأنها ندعي زيادة عليه فيدخل في عموم قوله تعالى (ولمن الربع مما تركتم فلا يخرج الا بدليل تخصيصها ولا يخرج بالشك ويقسم الباقي بين الاخوين لتساويهما في الدعوى وهو في أيديهما .

(فصل) ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم اهلته وادعت

فنازعه فيها غيره كانت له وإذا كانت في أيديهما تساوبا فيها ولو كانت دار فيها اربعة ايات وفي احد اياتها ساكن وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلعا فيها كان لكل واحد ما هو ساكن فيه لان كل بيت ينصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد عليها ولو تنازعا الساحة التي يتعارق منها الى البيوت فهي بينهما نصفين لا شرا كما في ثبوت اليد عليها فاشبهت العمامة في ما ذكرنا

﴿ مسند ﴾ قال (ومن كان له على أحد حق فتمت منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «اد الأمانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك رواه الترمذي »)

وجلته انه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به بأخذ له لم يكن له ان يأخذ من ماله الا ما يعطيه بلا خلاف بين اهل العلم فان اخذ من ماله شيئا بغير اذنه لزمه رده اليه وان كان قدر حقه لانه لا يجوز ان يملك عليه عينا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وان كانت من جنس حقه لانه قد يكون الانسان غرض في العين فان اتفقا أو تلفت فصلرت ديناً في ذمته وكان الثابت في ذمته من جنس حقه تقاصاً في قياس المذهب واشتهر من مذهب الشافعي وان كان مانعاً له لا مري يبيع المنع كالتأجيل والاعسار لم يجز أخذ شيء من ماله بغير خلاف وان أخذ شيئاً لزمه رده ان كان باقياً أو عوضه ان كان تالفاً ولا يحصل التقاص ههنا لان الدين الذي له لا يستحق أخذه في الحال بخلاف التي قبلها وان كان مانعاً بغير حق وقدر على استخلاصه بالحكم أو السلطان لم يجز له الاخذ ايضاً بغيره لانه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه فاشبهه ولو قدر على استيفائه من وكيله وان لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بينة له به أو لكونه لا يبيحه الى المحاماة ولا يمكنه اجباره على ذلك أو نحو هذا فالاشتهر في المذهب انه ليس له أخذ قدر حقه وهو احدى الروايتين عن مالك قال ابن عقيل وقد جعل اصحابنا المحدثون لجواز الاخذ وجهاً في المذهب أخذ من حديث هند حين قال لها النبي ﷺ «خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف» وقال أبو الخطاب ويخرج لنا جواز الاخذ فان كان

أنها اسلمت قبل موته وانكرها الورثة فالقول قولهم لان الاصل عدم ذلك فان لم يثبت أنها كافرة قدعى عليها الورثة أنها كانت كافرة وانكرتهم فالقول قولها لان الاصل عدم ما ادعوه وان ادعوا انه طلقها قبل موته فأنكرتهم فالقول قولها فان اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنها راجعها فالقول قولهم وان اختلفوا في انقضاء عدتها فالقول قولها في أنها لم تنقض لان الاصل بقاؤها ولا نعلم في هذا كله خلافاً .

وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على ان أحدهما كان مسلماً جين

المقدور عليه مع جنس حقه أخذ بقدره وإن كان من غير جنسه فحرم واجتهد في تقويمه مأخوذ من حديث هند ومن قول أحمد في الرهن : يركب ويحلب بقدر ما ينفق والمرأة تأخذ مؤنتها وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بقدر رضا

وقال الشافعي إن لم يقدر على استخلاص حقه بسنة فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه وإن كانت له سنة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان والشهور من مذهب مالك أنه إن لم يكن لغيره عليه دين فله أن يأخذ بقدر حقه وإن كان عليه دين لم يجز لأنها يتحصان في ماله إذا أفلس وقول أبو حنيفة له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عينا أو ورقاً أو من جنس حقه وإن كان المال عرضاً لم يجز لأن أخذ العرض عن حقه اعتياض ولا تجوز المعاوضة إلا برضا من المتعاضدين قال الله تعالى (إلا أن تكون بحارة عن تراض منكم) واحتج من أباز الأخذ بحديث هند حين جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقل « حذني ما يكفيك وولدت بالمعروف » منفق عليه وإذا جازها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير إذنه جاز للرجل الذي له الحق على الرجل

ولما قول النبي ﷺ « اد الامانة الى من ائتمنتك ولا تخن من خانك » رواه الترمذي وقول حديث حسن ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانته فيدخل في عموم الخبر وقال ﷺ « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه » ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض وإن أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه فإن اتبعين اليه لا يرى أنه لا يجوز له أن يقول أقضي حتى من هذا الكيس دون هذا ؟ ولأن كل مالا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين لا يجوز له أخذه إذا كان له دين كما لو كان باذلاً له وأما حديث هند فإن أحمد اعتذر عنه بأن حباناً أحب إليه في كل وقت وهذا إشارة منه إلى التفرق بالشفقة في الحكمة في كل وقت والمأخوذ من كل ما يحجب فيه الشفقة بخلاف الدين وارق أبو بكر بينهما بفرق آخر وهو أن قيام الزوجية كقيام البنة فكأن الحق صار معلوماً يعلم قيام مقتضيه وبينهما فرقان آخران (أحدهما) أن للمرأة من التبسط في ماله بحكم المادة ما يؤثر في إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الاجنبي

موت أبيه وأدعى الآخر أنه أسلم في حياة أبيه وجعله أخوه فالإيراث للمتنفق عليه لأن الأصل بقاء الكفر إلا أن يعلم زواله وعلى أخيه اليقين وتكون على نفي العلم لأنها على نفي فعل أخيه إلا أن يكون ثبت أنه أسلم قبل قسم الحركة فبرث فإن من أسلم على ميراث قبل اقسمة قسم له وإن كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً ثم عتق واختلعا في حرته عند اللوث فاقول قول من ينفيها وإن لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً فادعي عليه أنه كذلك فانكر فاقول قوله والميراث بينهما لأن الأصل الحرية والاسلام وعدم ماسواهما .

(الثاني) ان النفقة رتبة لاحياء النفس وبقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه ولا سبيل الى تركه غاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين - حتى نقول لو صارت النفقة ماضية لم يكن لها أخذها ولم يجب لها عليه دين آخر لم يكن لها اخذها فعلي هذا ان اخذ شيئاً لزمه رده ان كان باقياً وان كان تالفاً وجب مثله ان كان مالياً أو قيمته ان كان متقيماً فان كان من جنس دينه تقاصاً وتساقطاً في قياس المذهب وان كان من غير جنسه لزمه سره ومن جوز من أصحابنا الاخذ فانه قال ان وجد من جنس حقه جاز له الاخذ منه بمدر حقه من غير زيادة وليس له الاخذ من غير جنس حقه مع قدرته على اخذه من جنسه وان لم يجد الا من غير جنس حقه بمحتمل ان لا يجوز له تملكه لانه لا يجوز ان يبيعه من نفسه وهذا يبيعه من نفسه ونفقه فيه تهمة بمحتمل ان يجوز له ذلك كما قالوا: الرهن ينفق عليه اذا كان مركوباً أو مخلوباً يركب ويحلب بنفس النفقة وهي من غير الجنس واختلاف أصحاب الشافعي فمنهم من جوز له هذا ومنهم من قال بوجوه رجال يدعي عليه عند الحاكم ديناً فيقر له بملك الشيء الذي أخذه فيبيع من عليه له عري من قضاء الدين لبيع الحاكم لشيء المأخوذ ودفعه اليه (فصل) اذا ادعى إنسان من الناس حداً وأقام به شاهدين فلم يعرف الحاكم عدتهما فسأل جنس غريمه حتى تثبت عدالة شهوده احب الى ذلك لان العار من المسلمين المدالة ولان الذي على الغريم قد أتى به وإنما بقي ما على الحاكم ودعو الكشف من عدالة الشهود وان أقام شاهداً واحداً وسأل جنس غريمه ليقم شاهداً آخر وكان الحق مما لا يثبت الا بشاهدين لم يحبس الدعي عليه لان البينة ماتت والحبس عذاب فلا توجه عليه كون تمام البينة وان كان الحق مما ثبتت بشاهدين وعين خفيه وجهان (أحدهما) يحبس اه لان الشاهد لم يثبت حجه في ذلك وإنما المين مقوية له (والثاني) لا يحبس وهو الصحيح لانه ان يحبس ليقم شاهد آخر يتم به البينة فهو كالحقوق التي لا تثبت الا بشاهدين وان حبس ليحلف معه فلا حاجة اليه فان حلف ممكن في الحال فان حلف ثبت حقه والا لم يجب شيء ويحتمل ان يقال ان كان الدعي باطلاً يميناً والنموذج لاجل اثبات عدالة الشاهد حبس لما

(فصل) اذا اسلم احد الابنين في غرة شعبان والآخر في غرة رمضان واختلعا في موت ابيهما فقال الاول مات في شعبان فورثه وحدي وقال الآخر مات في رمضان فلميراث بينهما لان الاصل بقا حياته حتى يعلم رواها وان أقام واحد منهما بينة بدعواه فبينة وجهان (أحدهما) يتعارضان (والثاني) تقدم بينة موته في شعبان لاسها معها زيادة علم لان ثبت موته في شعبان ويجوز ان يخفى ذلك على البينة الاخرى

(مسئلة) ولو مات مسلم وخلف ولدين مسلماً وكافراً فاسلم الكافر وهل اسلمت قبل موت ابي وقال أخوه بل بعده فالاميراث له لان الاصل بقاء الكفر حتى يعلم زواله وهي خية اليمين وتكون على نفي العلم لانها على نفي فعل الغير وقد ذكرناه

ذكرنا في التي قبلها وإن كان التوقف عن الحكم بنفي ذلك لم يحبس لما ذكرناه قال القاضي وكل موضع حبس فيه بشاهدين استديم الحبس حتى تثبت عدالة الشهود أو فسقهم وكل موضع حبس فيه بشاهد واحد فإنه يقل للشهود له أن جئت بشاهد آخر إلى ثلاث والا اطلاقاً

(فصل) وإن ادعى العبد أن سيده أعتقه وأقام شاهدين ولم يدل فسأل العبد الحاكم أن يحول بينه وبين سيده إلى أن يبعث الحاكم عن عدالة لشهود فعلى الحاكم ذلك ويؤجره من ثقة وينفق عليه من كسبه ويحبس الباقي فإن عدل الشاهدان سلم إليه الباقي من كسبه وإن فسقا رد إلى سيده وإنما حلنا بينهما لما ذكرناه في الفصل الذي قبل هذا ولاتنا لو لم نحل بينهما أفضى إلى أن تكون أمة فيطأها وإن أقام شاهداً واحداً وسأل أن يحال بينهما ففيه وجهان

وإن أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بينه وبينها ، وإن أقامت شاهداً واحداً لم يحل بينهما لأن البينة لم تتم وهذا مما لا يثبت إلا بشاهدين فلا يثبت بشاهد واحد والله أعلم

﴿مسئلة﴾ وإن قال اسلمت في المحرم وماتت في صفر فلي الميراث وقال أخوه بل مات في ذي الحجة فله الميراث مع أخيه لأن الأصل بقاء الحياة فإن أقام كل واحد بينة بدعواه فهل يتعارضان أو تقدم بينة من ادعى تقديم موته ؟ فيه وجهان ذكرناها في الفحل قبل هاتين المسألتين والله أعلم .



كتاب العتق

العتق في اللغة الخلو من ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير أي خالصتها وسمي البيت الحرام عتقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة وهو في الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق يقال عتق العبد وأعتقه أنا وهو عتيق ومعتق والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب فقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وقال تعالى (فك رقبة) وأما السنة فما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إرباً منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد ، والرجل بالرجل ، والفرج بالفرج » متفق عليه في أخبار كثيرة سوى هذا وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القربة به

(فصل) والعتق من أفضل القرب إلى الله تعالى لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء في رمضان والإيمان وجعله النبي ﷺ فكاً كما لمعتقه من النار ولأن فيه تخليصاً للآدمي المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعه وتكميل أحكامه وتمتته من التصرف في نفسه ومنافعه على حسب إرادته واختياره واعتق الرجل أفضل من اعتاق المرأة لما روى كعب بن مرة البهزي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « أيما رجل أعتق رجلاً مسلماً كان فكاه من النار يجزي بكل عظم من عظامه عظماً

كتاب العتق

العتق في اللغة الخلو من ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير أي خالصتها وسمي البيت الحرام عتقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة وهو في الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق يقال عتق العبد وأعتقه أنا وهو عتيق ومعتق والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وقال تعالى (فك رقبة) وأما السنة فما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إرباً منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج » متفق عليه في أخبار كثيرة سوى هذا وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القربة به

(مسئلة) (وهو من أفضل اقرب)

لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء في رمضان والإيمان وجعله النبي ﷺ فكاً كما لمعتقه من النار ولأن فيه تخليصاً للآدمي الملهوم ومن ضرر الرق وملك نفسه ومنافعه وتكميل أحكامه وتمتته من التصرف في نفسه ومنافعه على حسب إرادته واختياره واعتاق الرجل أفضل من اعتاق المرأة لما روى كعب بن مرة البهزي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « أيما رجل أعتق رجلاً مسلماً كان فكاه من النار يجزي بكل عظم من عظامه عظماً » وأيما رجل أعتق امرأتين مسلمتين

من عظامه، وأما رجل مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكاً من النار يجزى بكل عظم من عظامهما عظماً من عظامه، وأما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكاً من النار تجزى بكل عظم من عظامها عظماً من عظامها.

والستحب عتق من له دين وكسب ينتفع بالعتق فأما من يتضرر بالعتق كن لا كسب له تسقط نفقته عن سيده فيضيع أو يصير كلاً على الناس ويحتاج إلى المسئلة فلا يستحب عتقه، وإن كان ممن يخاف عليه للمضي إلى دار الحرب والرجوع عن دين الإسلام أو يخاف عليه الفساد كمد يخاف أنه إذا أعتق واحتاج سرق وفسق وقطع الطريق أو جارية يخاف منها الزنا والفساد كره اعتاقه وإن غلب على الظن أفضاؤه إلى هذا كان محرماً لأن التوصل إلى الحرام حرام وإن اعتقه صح لأنه اعتاق صدر من أهله في محله فصح كاعتاق غيره.

(فصل) ويحصل العتق بالقول والملك والاستيلاء ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى ولا يحصل بالنية المجردة لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كسائر الإزالة والفاظه تنقسم إلى صريح وكناية. فالصريح لفظ الحرية والعتق وما تصرف منه ما نحو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق أو أعتقتك لأن هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة وهما يستعملان في العتق عرفاً فكاكاً صريحين فيه فتى أتى بشيء من هذه الالفاظ حصل به العتق وإن لم ينو شيئاً عتق أيضاً قال أحمد في رجل لقي امرأة في الطريق فقال تنحي يا حرة فذا هي جاريته قال قد عتقت عليه.

كانتا فكاكاً من النار يجزى بكل عظم من عظامهما عظماً من عظامه، وأما امرأة عتقت امرأة مسلمة كانت فكاكاً من النار تجزى بكل عظم من عظامها عظماً من عظامها، وقيل عتق المرأة للمرة بفضل.

(مسئلة) (والستحب عتق من له كسب ودين ينتفع بالعتق)

فأما من لا قوة له ولا كسب فلا يستحب عتقه ولا كتابته لسقوط نفقته عن سيده باعتاقه فيضيع أو يصير كلاً على الناس ويحتاج إلى المسئلة فلا يستحب عتقه ولا كتابته فإن كان ممن يخاف عليه الرجوع إلى دار الحرب وترك إسلامه أو يخاف عليه الفساد كن يخاف أنه إذا أعتق فاحتاج سرق أو فسق أو قطع الطريق أو جارية يخاف عليها الزنا والفساد كره اعتاقه فإن غلب على الظن أفضاؤه إلى هذا كان محرماً لأن التوصل إلى الحرام حرام فإن اعتقه صح لأنه اعتاق صدر من أهله في محله فصح كعتق غيره.

(مسئلة) (ويحصل العتق بالقول والملك ولا يحصل بالنية المجردة)

لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كإطلاق والفاظه تنقسم إلى صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية كيف صرفاً نحو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق أو أعتقتك لأن هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة وهما يستعملان في العتق عرفاً فتى أتى بشيء من هذه الالفاظ حصل به العتق سواء نواه

وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة مروا أنتم أحرار وكانت معهم أم ولد له لم يعلم بها قال هذا عندي تعتق أم ولده ويحتمل أن لا تعتق في هذين الموضعين لأنه قصد باللفظ الأولى غير العتق فلم تعتق بها كما لو قال عبدي حر يريد أنه عفيف كرم الاخلاق وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده فأشبهه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال أنت طالق بحسبها التي ناداها فأنها لا تطلق على رواية فكذا ههنا، فأما إن قصد غير العتق كالرجل يقول عبدي هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه أو يقول لعبده ما أنت إلا حر أي أنك لا تطيعني ولا ترى لي عليك حقاً ولا طاعة فلا يعتق في ظاهر المذهب قل حنبل سئل أبو عبد الله عن رجل قال لعلامة أنت حر وهو يعاتبه فقال إذا كان لا يريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد أن يكون حراً أو كلاماً نحو هذا رجوت أن لا يعتق وأنا أهاب المسئلة لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فنصرف إليه كما لو نوى بكناية العتق وبهذا قال الشوزي وابن المنذر. قل وإن طلب استحلافه حلف وبيان احتمال اللفظ لما أراده أن المرأة الحرة تمدح بهذا فيقال امرأة حرة يعنون عفيفة وتمدح المملوكة به أيضاً ويقال للحبي الكريم: لا أخلاق حر، قالت سبيعة ترني عبد الله لبشعراً ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة * ويوم علي حر كريم الشمال

وأما الكناية فنحو قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت سائبة واذهب حيث شئت وقد حليتك فهذا إن نوى به العتق عتق لأنه يحتمله وإن لم ينو به لم يعتق لأنه يحتمل غيره

أر لم ينو قال أحد في رجل لقي امرأة في الطريق فقل تعني باخرة فإذا هي جارية قال قد عتقت عليه وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة مروا أنتم أحراراً وكانت معهم أم ولد لم يعلم بها قل هذا عندي تعتق أم ولده ويحتمل أن لا تعتق في هذين الموضعين لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق فلم تعتق به كما لو قال عبدي حر يريد أنه عفيف كرم الاخلاق وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده فأشبهه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال أنت طالق بظنهم المناذرة فأنها لا تطاق في رواية فكذا ههنا، وأما إن قصد غير العتق كالرجل يقول عبدي هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه أو يقول لعبده ما أنت إلا حر أي أنك لا تطيعني ولا ترى لي حقاً ولا طاعة فلا يعتق في ظاهر المذهب قل حنبل سئل أبو عبد الله عن رجل قال لعلامة أنت حر وهو يعاتبه قل إذا كان لا يريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد أن يكون حراً أو كلاماً شبه هذا رجوت أن لا يعتق وأنا أهاب المسئلة لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فنصرف إليه كما لو نوى بكناية العتق العتق قل وإن طلب استحلافه حلف وبيان احتمال اللفظ لما أراده أن المرأة تمدح بهذا فيقال امرأة حرة يعنون عفيفة وتمدح المملوكة به أيضاً ويقال للحبي الكريم: لا أخلاق حر قالت سبيعة ترني عبد المطلب

ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة ويوم علي حر كريم الشمال

وأما الكناية فنحو قوله خلتك والحق باهلك واذهب حيث شئت ونحوها وكذلك قوله خلتك

ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال وذكر القاضي وأبو الخطاب في قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك : روايتين (احداهما) انه صريح (والثانية) انه كناية وهو الصحيح لما ذكرناه فأما إن قال لا رق لي عليك ولا ملك لي عليك. وأنت لله فقال القاضي هو صريح نص عليه أحد وذكر أبو الخطاب فيه روايتين ولا خلاف في المذهب انه يعتق به اذا نوى ومن قال يعتق بقوله أنت لله اذا نوى الشعبي والسيب بن رافع وحامد والشافعي وقال أبو حنيفة لا يعتق به لان مقتضاه أنت عبد الله أو مخلوق لله وهذا لا يقتضي العتق

ولما انه يحتمل انه حر لله أو عتيق لله أو عبد لله وحده لست بعبد لي ولا لأحد سوى الله فاذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات وما ذكره لا يصح لان احتماله لما ذكره لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات فانها تحتمل العتق وغيره ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه وما يحتمل أمرين انصرف الى أحدهما بالنية وهذا شأن الكنايات وما ذكره من الاحتمال يدل على ان هذا ليس بصريح وانما هو كناية ، وقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك خبر عن انتفاء ملكه ورقه لم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق فلم يكن صريحا فيه كقولنا ما أنت عبيدي ولا مملوكي وقوله لامرأته ما أنت امرأتي ولا زوجتي .

(فصل) وإن قال لأمته أنت طالق ينوي العتق به ففيه روايتان (احداهما) لا تعتق به وهو قول

على غائبك فهذا ان نوى به العتق عتق وان لم ينو لم يعتق لانه يحتمل غيره ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال وفي قوله لا سبيل لي عليك ولا ملك لي عليك ولا رق لي عليك وفككت رقبتك وانت مولاي وأنت لله وانت سائبة روايتان (احداهما) انه صريح (والاخرى) كناية ذكر القاضي وأبو الخطاب في قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك : روايتين (احداهما) أنه صريح (والاخرى) كناية قال شيخنا والصحيح أنه كناية لما ذكرناه ، فأما قوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك وانت لله فقال القاضي هو صريح نص عليه أحد وذكر أبو الخطاب فيه روايتين لانه يحتمل غير العتق ولا خلاف في المذهب انه يعتق به اذا نوى ومن قال يعتق بقوله انت لله اذا نوى الشعبي والسيب بن رافع وحامد والشافعي وقال أبو حنيفة لا يعتق به لان مقتضاه انت عبد الله أو مخلوق لله وهذا لا يقتضي العتق

ولما انه يحتمل انت حر لله أو عتيق لله أو عبد لله وحده لست بعبد لي ولا لأحد سوى الله فاذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات وما ذكره لا يصح لان احتماله لما ذكره لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات فانها تحتمل العتق وغيره ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه وما يحتمل أمرين انصرف الى أحدهما بالنية وهذا شأن الكنايات وما ذكره من الاحتمال يدل على ان هذا ليس بصريح وانما هو كناية وقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك

أبي حنيفة لأن العلق لفظ وضع لازالة الملك عن النعمة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفسخ الاجارة ولأن ملك الرقبة لا يستدرك بالرجمة فلا ينحل بالطلاق كسائر الاملاك (والرواية الثانية) هو كناية تعتق به الأمة اذا نوى المتق وهو قول مالك والشافعي لأن الرق أحد المالكين على آدمي فيزول بلفظ الطلاق كالأخر أو فيكون اللفظ الموضوع لازالة أحدهما كناية في إزالة الآخر كالحرية في إزالة النكاح ولأن فيه معنى الإطلاق فإذا نوى به إطلاقها من ملكه قد نوى بإفغاه ما يمتلئه فتحصل به الحرية كسائر كنيات العتق

(فصل) فإن قال لا أكبر منه : أو إن لا يولد مثله هذا ابني مثل أن يقول من له عمرو سنة لمن له خمس عشرة سنة هذا ابني لم يعتق ولم يثبت نسبه ، وقال أبو حنيفة يعتق وخرجه أبو الخطاب وجهاً لنا لأنه اعترف بما ثبت به حرته فأشبهه ما لو أقر بها .

ولنا انه قول يتحقق كذبه فيه فلم يثبت به الحرية كما لو قال لطفل هذا أبي أو لطفلة هذه أمي قال ابن المنذر هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه أحد اليه ولا تبعه أحد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقيناً ولو جاز هذا لجاز أن يقول الرجل لطفل هذا أبي ولأنه لو قال لزوجته وهي أسن منه هذه ابنتي أو قال لها وهو أسن منها هذه أمي لم تغلق كذا هذا .

(فصل) فإن قال لأمته أنت حر'م علي ينوي به العتق عتقت وذكر أبو الخطاب ان فيها رواية

خبر عن انتفاء ملكه ولم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق فلم يكن صريحاً فيه كقوله ما انت عبي ولا مملوكي وقوله لاسرأتي ما انت امرأتي ولا زوجتي وفي قوله فكنت رقبك وأنت سائبة وانت مولاي روايتان (أحدهما) هو صريح في العتق لأنها تتضمنه وقد جاء في كتاب الله تعالى (فك رقبة) يعني العتق فكانت صريحة كقوله اعقتك (والثانية) هو كناية لأنه يحتمل غير العتق (وهو مسئله) (وفي قوله لأمته أنت طالق وانت حرام روايتان)

(أحدهما) هي كناية والآخرى لا تعتق به وهو قول أبي حنيفة لأن الطلاق لفظ وضع لازالة الملك عن النعمة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفسخ الاجارة ولأن ملك الرقبة لا يستدرك بالرجمة فلا ينحل كسائر الاملاك

(والثانية) هو كناية تعتق به اذا نواه وهو قول مالك والشافعي لأن الرق أحد المالكين على آدمي فيزول بلفظ الطلاق كالأخر أو فيكون اللفظ الموضوع لازالة أحدهما كناية في إزالة الآخر كالحرية في إزالة النكاح ولأن فيه معنى الإطلاق فإذا نوى به إطلاقها من ملكه قد نوى بإفغاه ما يمتلئه فتحصل به الحرية كسائر كنيات العتق

(فصل) وإن قل لأمته أنت حرام ينوي به العتق عتقت ، وذكر أبو الخطاب ان فيها رواية

أخرى لا تعتق بقوله لما أنت طالق والصحيح أنها تعتق به لانه يحتمل أنت حرام على لكونك حرة فتعتق به كقوله لا سبيل لي عليك

(فصل) ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه في المال وهو البالغ العاقل الرشيد سواء كان مسلماً أو ذمياً أو حريباً ولا نعلم في هذا خلافاً إلا عن أبي حنيفة ومن وافقه في أن عتق الحربي لا يصح لانه لا ملك له على التمام بدليل إباحة أخذ منه وانتفاء عصمته في نفسه وماله

ولنا انه يصح طلاقه فصح اعتاقه كالذمي ولانه مالك بالغ عاقل رشيد فصح اعتاقه كالذمي وقولهم لا ملك له لا يصح فانهم قد قتلوا انهم يملكون اموال المسلمين بالقهر فلان يثبت الملك لهم في غير ذلك اولى

(فصل) ولا يصح من غير جائز التصرف فلا يصح عتق الصبي والمجنون قال ابن المنذر هذا قول عامة اهل العلم ومن حلفنا عنه ذلك الحسن والشعبي والزهرى ومالك والشافعي واصحاب الرأي وذلك قول النبي ﷺ «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبالغ وعن المجنون حتى يفقه وعن اناثم حتى يستيقظ» ولانه تبرع بالمال فلم يصح منهما كالمدة ولا يصح عتق السفينة المحجور عليه وهو قول القاسم بن محمد وذكر ابو الخطاب فيه رواية اخرى انه يصح عتقه قياساً على طلاقه ونديبه

أخرى لا تعتق كقوله لما أنت طالق والصحيح أنها تعتق به لانه يحتمل أنك حرام علي لكونك حرة فتعتق به كقوله لا سبيل لي عليك

﴿مسئلة﴾ (وان قال لعمري وهو اكبر منه انت ابني لم يعتق ذكره ائماضي ويحتمل ان يعتق) اذا قال لا كبر منه أو لمن لا يولد لمثله : هذا ابني مثل ان يقول من له عشرون سنة لمن له خمسة عشرة سنة : هذا ابني لم يعتق ولم يثبت نسبه ، وقال ابو حنيفة يعتق وخرجه أبو الخطاب وجهاً انا لانه اعترف بما ثبت به حرته فاشبهه ماله اثر بها

ولنا أنه قول يتحقق كذبه فيه فلم يثبت الحرية كما لو قل لطفل هذا ابني او لعفلة هذه أمي ، قال ابن المنذر هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه احد اليه ولا تبعه احد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقيناً ولو جاز هذا لجاز ان يقول الرجل لعقل هذا ابني ولانه لو قل لزوجته وهي أسن منه : هذه ابنتي أو قال لها وهي أسن منه هذه أمي لم تدلق كذا هذا

﴿مسئلة﴾ (وان اعتق حاملاً عتق جنينها الا ان يستثنيه)

لانه يتبعها في البيع والهبة ففي العتق أولى فان استثناه لم يعتق روي ذلك عن ابن عمر وابي هريرة والنخعي واسحاق وابن المنذر وقال ابن سيرين له ما استثنى وقال عطاء والشعبي اذا استثنى ما في بطنها فله ثديه وقال مالك والشافعي لا يصح استثناء الجنين لان النبي ﷺ نهى عن اثني الا ان تعلم وقياساً على استثنائه في البيع اشبه بعض اعضائها

ولنا انه محجور عليه في ماء لحظ نفسه فلم يصح عتقه كاصبي ولانه تصرف في المال في حياته فأشبه بيعة وهبته ويفارق الطلاق لان الحجر عليه في ماله والطلاق ليس بتصرف فيه ويفارق التدبير لانه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت ولهذا صححت وصيته ولم تصح هبته المنجرة وعتق السكران مبني على طلاقه وفيه من الخلاف ما فيه ولا يصح عتق المسكره كما لا يصح طلاقه ولا بيعه ولا شيء من تصرفاته

(فصل) ولا يصح العتق من غير المالك فلو اعتق عبيد ولده الصغير او ينميه الذي في حجره لم يصح وبهذا قول الشافعي ، ابن المنذر ، وقال مالك يصح عتق عبد ولده الصغير لقولهم « أنت ومالك لأبيك » ولان له عليه ولاية وله فيه حق فصح اعتاقه كماله ولنا انه عتق من غير مالك فلم يصح كاعتاق عبد ولده الكبير قل ابن المنذر لما ورث الله الاب من مال ابنه السادس مع ولده دل على انه لاحق له في سائرته

وقوله « أنت ومالك لأبيك » لم يرد به حقيقة المالك وانما أراد المصلحة في وجوب حقه عليك وامكان الاخذ من مالك وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه ولهذا لا ينفذ اعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ من امتناع اعتاق عبده ولانه انما أثبت الولاية عليه لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينميه له ويقوم بمصلحته التي يعجز العبي عن القيام بها وإذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التضييع والتفريط باعتاق رقيقه وانتزع بماله ولو قل رجل لعبد

ولنا انه قول ابن عمر وأبي هريرة قل أحد اذهب إلى حديث ابن عمر في العتق ولا أذهب اليه في البيع لقول النبي « المسلمون على شروطهم » ولانه يصح افراده بالعتق فصح استثناءه كالتفصيل وخبرهم بقول به والحمل معلوم فصح استثناءه للحديث ويفارق البيع لانه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض أم لا ؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات العتق ولا تدفع فيه الجهالة ويكفي العلم بوجوده وقد وجد ولذلك يصح افراد الحمل بالعتق ولم يصح بالبيع ولان استثناءه في البيع إذا بطل بطل البيع كله وهذا إذا بطل استثناءه لم يطل العتق في الأمة ويسري الاعتاق اليه فكيف يصح إلحاقه به مع تضاد الحكم فيها ؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها لانه يصح افراده بالحرية عن امه فيما إذا اعتته دونها وفي ولد المهرور بحرية أمة وفيما إذا وطئ بشبهة وفي ولد ام الولد وغير ذلك ولا يصح ذلك في بعض أعضائها ولان الولد يرث ويورث ويوصى به فكيف يصح قياسه على بعض الأعضاء ؟

وروى الأثرم عن ابن عمر انه اعتق أمة واستثنى ما في بطنها ولانها ذات حمل فصح استثناء حملها كما لو باع نخلة لم تؤبر واشترط ثمرتها وقال القاضي يخرج على الرويتين فيما إذا استثنى ذلك في البيع والمنصوص عنه ما ذكرنا من انه يصح استثناءه في العتق ولا يصح في البيع لما ذكرنا من الفرق بينها

آخر أنت حر من مالي فليس بشيء، فإن اشتراه بعد ذلك فهو مملوك ولا شيء عليه وبهذا قال مالك والشافعي وطهارة الفقهاء ولو بلغ رجلاً إن رجلاً قال لعبد أنت حر من مالي فقال قد وضيت فليس بشيء وبهذا قال الثوري وإسحاق

﴿مسألة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا كان العبد بين ثلاثة فأعتقوه معاً أو وكل ثلثاً الثالث أن يستحق حقوقهما مع حقه فامل أو أعتق كل واحد منهم حقه وهرم ميسر فقد صار حراً وولاؤه بينهم أثلاثاً)

وجعلته إن العبد متى كان لثلاثة فأعتقوه معاً إما بأنفسهم بأن يتلفظوا بعنته معاً أو يملقوا عنته على صفة واحدة فتوجد أو يوكلوا واحداً فيعتقه أو يوكل نفسان منهم الثالث فيعتقه فإنه يصير حراً وولاؤه بينهم على قدر حقوقهم فيه لأن النبي ﷺ قال «إنما الولاء لمن أعتق» وكل واحد منهم قد أعتق حقه فيثبت له الولاء عليه وهذا لأنهم فيه بين أهل العلم خلافة، فإما إن أعتقه سادته اثلاثة واحداً بعد واحد وهم معسرون أو كان المعتقان الأولان معسرين واثالث ميسراً فصحيح فيه أنه يستحق على كل واحد منهم حقه وله وولاؤه وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكي ابن المنذر فيما إذا أعتق المعسر نصيبه قولين شاذين

﴿مسألة﴾ (وان أعتق ما في بطنها دونها عتق وحده)

لأنهم في ذلك خلافاً وهو قول سفيان وإسحاق لأن حكمه حكم الإنسان المنفرد ولهذا يورث الجنين إذا ضرب بطن امرأة فاسقطت جنيناً وجب فيه غرة موروثه عنه كأنه سقط حياً وتصح الوصية به وله ورث إذا مات موروثه قبل أن يولد ثم ولد بعده فصح عتقه كالتفصيل

(فصل) ولا يصح العتق إلا من جاز التصرف فلا يصح عتق الصبي والمجنون قال ابن المنذر هذا قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشمسي والزهري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لقول النبي ﷺ «رفع أئمة عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ» ولأنه تبرع بالمال فلم يصح كالمبة ولا يصح عتق المحجور عليه السفه وهو قول القاسم بن محمد وعنه يصح قياساً على طلاقه وتدبيره

ولنا أنه محجور عليه في ماله لحظ نفسه فلم يصح عتقه كالصبي ولأنه تصرف في المال في حياته أشبه هبة ويبرأ ويقارن الطلاق لأن الحجر عليه في ماله والطلاق ليس بتصرف فيه ويقارن التدبير لأنه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت ولهذا صحته وصحته ولم تصح هبته النجزة وعتق السكران مبني على طلاقه وفيه من الخلاف ما فيه ولا يصح عتق السكر كما لا يصح بيعه ولا تصرفاته ولا يصح

(أحدهما) بإطل لانه لا يمكن ان يعتق نصفه منفرداً إذ لا يمكن ان يكون انسان نصفه حر ونصفه عبد كما لا يمكن ان يكون نصف المرأة طالقاً ونصفها زوجة ولا سبيل إلى اعتاق جميعه فبطل كاه (والثاني) يعتق كله وتكون قيمة نصيب الذي لم يعتق في ذمة المعتق يتبع بها إذا أيسر كما لو أتلفه وهذان القولان شاذان لم يقلهما من يحتاج بقوله ولا يعتمد على مذهبه ويردهما قول النبي ﷺ «من أعتق شركاً له في عبد فكلن منه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة المدل وأعطي شركاءه حصصهم وعتق جميع العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق» متفق عليه وإذا ثبت أنه لا يعتق على الممسر إلا نصيبه فبقي العبد على الرق وإذا أعتقه مالكه عتق باعتاقه وكان لكل واحد منهم ولاء ما عتق لأن الولاء لمن أعتق ويفارق العتق الطلاق لكون المرأة لا يمكن الاشتراك فيها ولا ورود النكاح على بعضها ولا تكون إلا لواحد فنظيره إذا كان العبد لواحد فاعتق جزءاً منه فإنه يعتق جميعه (فصل) وإذا قال كل واحد من الشركاء للعبد إذا دخلت الدار فنصبي منك حر فدخل عتق عليهم جميعاً سواء قالوا ذلك دفعة واحدة أو في دفعت متفرقة لأن العتق في انصابتهم يقع دفعة واحدة وإن اختلفت أوقات تعليقه

عتق الموقوف لأن فيه إبطالا لحق البطن الثاني منه وليس له ذلك (فصل) ولا يصح العتق من غير المالك بغير إذنه فلو أعتق عبد ولده الصغير أو يتيمه الذي في حجره لم يصح ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وقال مالك يصح عتق عبد ولده الصغير لقوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لانيك» ولأن له عليه ولاية وله فيه حق فصح اعتاقه كماله ولنا أنه عتق من غير مالك فلم يصح كاعتاق عبد ولده الكبير قال ابن المنذر لما ورث الله الأب من مال ابنه السادس مع ولده دل على أنه لاحق له في سائرته وقوله عليه السلام «أنت ومالك لانيك» لم يرد به حقيقة الملك وإنما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك وإمكان الأخذ من مالك وإمتناع مطالبتك إياه بما أخذ منه ولهذا لم ينفذ اعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ في إمتناع اعتاق عبده لانه إنما أثبت عليه الولاية لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينميه له ويقوم بمصالحه التي يجز الصبي عن القيام بها . وإذا كان مقصود الولاية لحظ اقتضت منع التفریط والتضييع باعتاق رقيقه واتبرج بماله ولو قال رجل لعبد أنت حر من مالي فليس بشيء فإن اشتراه بعد ذلك فهو مملوك ولا شيء عليه وبه قال مالك والشافعي وعامة الفقهاء ولو بلغ رجلاً أن رجلاً قال لعبد أنت حر من مالي فقال قد رضيت فليس بشيء وبه قال الثوري وإسحاق (مسئلة) (وأما الملك فمن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وعنه لا يعتق إلا عموذا النسب) ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة وهم الوالدان (المغني والشرح الكبير) (٣١) (الجزء الثاني عشر)

(مسئلة) قال (ولو أعتقه أحدكم وهو موسر عتق كله وصار لصاحبه عليه قيمة ثلثيه)

وجله ان الشريك اذا أعتق نصيبه من العبد وهو موسر عتق نصيبه لانعلم خلافا فيه لما فيه من الاثر ولانه جائز التصرف أعتق ملكه الذي لم يتعلق به حق غيره فنفذ فيه كما لو أعتق جميع العبد المملوك له واذا أعتق نصيبه منى العتق إلى جميعه فصار جميعه حراً وعلى المقت قيمة انصباؤه شركائه والولاء له وهذا قول مالك وابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري والشافعي وأبي يوسف ومحمد وإسحاق وقال البتي لا يستحق إلا حصة المقت ونصيب الباقي باق على الرق ولا شيء على المقت لما روى ابن اثلب عن أبيه ان رجلاً أعتق شقصاً له في مملوك فلم يضمنه النبي ﷺ ذكره احمد ورواه، ولانه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذا المقت إلا ان تكون جارية نفيسة يغالى فيها فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المقت للضرر الذي أدخله على شريكه

وقال ابو حنيفة : لا يستحق إلا حصة المقت ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ

ولنا الحديث الذي رويناه وهو حديث صحيح متفق عليه . ورواه مالك في موطنه عن نافع عن ابن عمر قأبت النبي ﷺ المقت في جميعه وأوجب قيمة نصيب شريك المقت للموسر عليه ولم يجعل له خيرة ولا نكيره

وروى قتادة عن أبي المليح عن أبيه ان رجلاً من قومه أعتق شقصاً له من مملوك فرفع ذلك

وان علوا من قبل الاب والام جميعا والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات والاخوة والاخوات وأولادهم وان سفلوا والاعمام والعمات والاخوال والحالات وان علوا دون أولادهم فمقت ملك أحداً منهم عتق عليه روي ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وابن أبي ليلى والثوري والليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم واعتق مالك الوالدين وللولودين وأن يمدوا والاخوة والاخوات دون أولادهم ولم يعتق الشافعي الا عمودي النسب وعن احمد كذلك ولم يعتق داود وأهل الظاهر احداً حتى يمتته لقول النبي ﷺ « لا يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكاً فيشتره فيعتقه » رواه مسلم

ولنا ما روى الحسن عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ولانه ذو رحم محرم فمقت عليه بالملك كعمودي النسب وكالاخوة والاخوات عند مالك فأما قوله « حتى يشتره فيعتقه » فيحتمل أنه أراد فيشتره فيعتقه بشرائه كما يقال ضربه قتلته والضرب هو القتل وذلك لان الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز

لن النبي ﷺ فجعل خلاصه عليه في ماله وقال « ليس لله شريك » قال أبو عبد الله الصحيح انه عن بي المبيع عن النبي ﷺ مرسل وليس فيه عن أبيه هذا معنى كلامه وقول النبي ﷺ شاذ يخالف الاخبار كلها فلا يعول عليه وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعاً بين الاحاديث وقياس العتق على البيع : يصح فان البيع لا يسري فيما اذا كان العبد كله له والعتق يسري فانه لو باع نصف عبده لم يسر ولو عتق نصفه عتق كله واذا ثبت هذا فان ولاءه يكون له ، لانه عتق باعتاقه من ماله وقد قال النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه

(فصل) ولا فرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين او بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ذكره القاضي وهو قول الشافعي

وقال ابو الخطاب في الكافر وجه انه اذا عتق نصيبه من مسلم انه لا يسري إلى باقية ولا يقوم عليه لانه لا يصح شراء الكافر عبداً مسلماً

ولنا عموم الخبر ولان ذلك ثبت لازالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر كالزنا بالصبي والغرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التملك بخلاف الشراء ولو قدر ان ههنا تملكاً لكان تقدير آ في أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق ولا ضرر فيه فان قدر فيه ضرر فهو مغمور بالنسبة إلى ما يحصل من العتق فوجوده كالمعدم وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق والله أعلم

عطف صفته عليه كما يقال ضربه فأطار رأسه وسواء ملكه بشراء او هبة او غنيمة او ارث او غيره لانهم بين اهل العلم فيه خلافاً

(فصل) ولا خلاف في ان المحارم من غير ذوي الارحام لا يعتقون على سيدهم كالام من الرضاة والاخ منها والريبة وام الزوجة وابنتها إلا انه حكى عن الحسن وابن سيرين وشريك انه لا يجوز بيع الاخ من الرضاة وروي عن ابن مسعود انه كرهه والاول اصح قال الزهري جرت السنة بان يباع الاخ والاخت من الرضاة ولاهم لانص في عتقهم ولاهم في معنى المنصوص عليه فيعتقون على الاصل ولاهما لارحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه فقته فاشبهه الريبة وام الزوجة .

﴿مسئلة﴾ (وان ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه في ظاهر كلام أحمد)

لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه وهي الميراث والحجب والحرمية وجوب الانفاق وثبوت الولاية عليه ويحتمل أن يعتق لأنه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق عليه مع انتفاء هذه الأحكام .

﴿مسئلة﴾ (وان ملك سحياً ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وعليه قيمة نصيب شريكه وإن كان معسراً لم يعتق عليه الا مملكته وان ملكه بالميراث لم يعتق منه إلا مملكته موسراً كان أو معسراً وعنه أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسراً .

«مسئلة» قال (فان اعتقه بعد عتق الاول وقبل اخذ القيمة لم يثبت لها فيه عتق لانه قد صار حراً بعتق الاول له)

يعني أن العتق يسري على الجميع باللفظ لا بدفع القيمة فيعتق كله حين لفظ بالعتق ويصير حراً وتستقر القيمة عليه فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره ، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف وعبد واسحاق وابن النضر والشافعي في قول له واختاره المزني وقال الزهري وعمر بن دينار ومالك والشافعي في قول له : لا يعتق إلا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكاً لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق وهذا مقتضى قول أبي حنيفة واحتجوا بقول النبي ﷺ «قوم عليه قيمة العدل فأعطي شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد» وفي لفظ رواه أبو داود «فإن كان موسراً يقوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق» فجعله عتقاً بعد دفع القيمة ، ولأن العتق إذا ثبت بموضع ورد الشرع به مطبقاً لم يعتق إلا بالأداء كالمكاتب والشافعي قول ثالث أن العتق مراعى فإن دفع القيمة تبين أنه كان عتق من حين أعتق نصيبه وإن لم يدفع القيمة تبين أنه لم يكن عتق ، لأن فيه احتياطاً لها جميعاً .

ولنا حديث ابن عمر روي بالفاظ مختلفة تجمع في الدلالة على الحرية باللفظ فنهما لفظ رواه أبو ب

وجملة ذلك أن من ملك سهماً ممن يعتق عليه فإنه يعتق عليه مملك منه سواء ملكه بموضع أو بغير عوض كالاغتنام والوصية وسواء ملكه باختياره كالذي ذكرنا أو بغير اختياره كالإيراث لأن كل ما يعتق به الكل يعتق به البعض كالاغتناق بالقول ثم ينظر فإن كان معسراً لم يسر العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي لأنه لو اعتقه بقوله لم يسر اعتاقه بتصرفه بالعتق وقصده إياه فهنا أولى وإن كان موسراً وكان الميراث باختياره كالمالك بغير الميراث سرى إلى باقيه فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه لأنه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وقال قوم لا يعتق عليه إلا ما ملك سواء ملكه بشراء أو غيره لأن هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث وفارق ما اعتقه لأنه فعله باختياره قاصداً إليه

ولنا أنه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصد إليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من اعتق نصيبه وفارق الميراث فإنه حصل بغير فعله ولا قصده ولأن من باشر سبب السراية اختياراً لزمه الضمان كمن جرح إنساناً فسرى جرحه ولأن مباشرة ما يسرى ونسبته إليه في لزوم حكم السراية واحدة بدليل استواء الحافر والدافع في ضمان الواقع فاما أن ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر فيها ملكه ورق الباقي موسراً كان أو معسراً لأنه لم يتسبب إلى اغتاقه وإنما حصل بغير اختياره وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف وعن أحمد ما يدل على أنه يسرى إلى نصيب الشريك إذا كان موسراً

عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من أعتق شركاً له في عبد فكان له ما يبلغ عنه بقيمة العدل فهو عتيق » رواه البخاري وأبو داود والنسائي وفي لفظ زواه ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال قد عتق كله » وفي رواية ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر « وكان للذي يعتق ما يبلغ عنه فهو يعتق كله » روى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « من أعتق شقصاً في مملوك فهو حر من ماله » وهذه نصوص في محل النزاع فإنه جملة حرّاً وعتيقاً باعتاقه مشروطاً بكونه موسراً ولأنه عتق بالسراية فكانت حاصلة عتق لفظه كما لو أعتق حرّاً من عبيده ولأن القيمة معتبرة وقت الاعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الاعتاق ، وعند الشافعي لا ينفذ بالاعتاق أيضاً فدل على أن العتق حصل فيه بالاعتاق الأول فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه فإن الواو لا تقتضي ترتيباً وأما العطف بثم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فإنها قد ورد لغير الترتيب كقوله تعالى (ثم الله شهيد على ما يفعلون) وأما الموضع فأنما وجب عن التلّف بالاعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الاعتاق وعدم اعتبار التراضي فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة فإذا ثبت هذا فإن الشريكين إذا أعتقا بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق ولا لهما عليه ولاء ولاؤه كله للمعتق الأول وعليه القيمة لأنه قد صار حرّاً باعتاقه

لأنه عتق عليه بعضه وهو موسر فسرى إلى باقيه كما لو وصى له به قبله والذهب الأول لأنه لم يمتعه ولا تسبب إليه فلم يضمن ولم يسر كالأجنبي وفارق ما تسبب إليه

(فصل) وإن ورث الصبي والمجنون جزءاً ممن يمتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه لأنه إذا لم يسر في حق المكلف ففي حقهما أولى وإن وهب لهما أو وصي لهما به وهما معسران فعلى وليهما قبوله لأنه نفع لهما باعتاق قريبهما من غير ضرر يلحق قريبهما وإن كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يقوم ولا يسري العتق إليه لأنه يدخل ملكه بغير اختياره أشبه ما لو ورثه (والثاني) يقوم عليه لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله فاشبه الوكيل فعلى هذا الوجه ليس لولي قبوله لما فيه من الضرر ، وعلى الأول يلزمه قبوله لأنه نفع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته وإذا قلنا ليس له أن يقبله قبله احتمل أن لا يصح القبول لأنه فعل مالم يأذن له الشرع فيه فاشبه ما لو باع ماله بغير واحتتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه لأنه ألزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حجه

(فصل) وإن باع عبداً الذي رحمه وأجنبي صفقة واحدة عتق كله إذا كان ذورحمة موسراً وضمن لشريكه قيمة حقه منه وقال أبو حنيفة لا يضمن لشريكه شيئاً لأن ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه فصار كأنه إذن له في اعتاق نصيبه بملكه باختياره فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه ولا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه

وعند مالك يكون ولاؤه بينهم اثلاثاً ولا شيء على العتق الاول من القيمة ولو أن العتق الاول لم يؤد القيمة حتى أفلس عتق العبد وكانت القيمة في ذمته ديناً يزاحم بها الشريك عندنا وعند مالك لا يعتق منه إلا ما عتق ولو كان العتق جارية حاملاً فلم تؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على العتق إلا قيمتها حين أعتقها لانه حينئذ حررها وعند مالك يقوم ولدها ايضاً ولو تلف العبد قبل اداء القيمة مات حراً والقيمة على العتق لانه فوت عليه رقه وعند مالك لا شيء على العتق ما لم يقوم ويحكم بقيمته فهو في جميع أحكامه عبد .

(فصل) والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق لانه حين الاتلاف هو احد اقوال الشافعي وللشريك مطالبة العتق بالقيمة على الاقوال كلها فان اختلفا في قدرها رجع الى قول المقومين فان كان العبد قد مات او غاب او تأخر تقويمه زمناً مختلف فيه القيم ولم تكن بينة فالقول قول العتق لانه ينكر الزيادة والاصل براءة ذمته منها وهذا احد قولي الشافعي وإن اختلف في صناعة في العبد توجب زيادة القيمة فالقول قول العتق لذلك إلا ان يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه فالقول قول الشريك لاتنا علمنا صدقه وان مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان .

(أحدهما) القول قول العتق ، لان الاصل براءة ذمته ، (والثاني) القول قول الشريك لان الاصل بقاء ما كان وعدم الحدوث ، وإن اختلفا في عيب ينقص القيمة كسرقه او اباق فالقول قول

(فصل) إذا كانت مزوجة ولها ابن موبى فاشترها هو وزوجها وهي حامل منه صفقة واحدة عتق نصيب الابن من امه وسرى الى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الخلل عليهما معاً لانه ابن الزوج واخو الابن ولا يجب لاحدهما على الآخر منه شيء لانه عتق عليهما في حال واحدة ولو كانت المسئلة بحالها فوهبت لها او وصي لها بها قبلها في حال واحدة فكذلك وان قبلها احدهما قبل الآخر نظرنا فان قبل الابن اولا عتقت الام وحملها وعليه قيمة باقهما للزوج وإن قبل الزوج اولا عتق عليه الخلل كله ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الام كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه ومن قال في الوصية ان للملك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلها دفعة واحدة

(مسألة) (وان مثل بعده فجدع انفه واذنه او نحو ذلك عتق . نص عليه)

لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان زنباطا ابا روح وجد غلاما له مع جاريته فقطع ذكره وجدع انفه فأتى العبد النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال النبي ﷺ « ما حملك على ما فعلت ؟ » قال فقل كذا وكذا قال « اذهب فانت حر » قال القاضي والقياس ان لا يعتق لان سيده لم يعتقه بلفظ صريح ولا كناية واذا ثبت الحديث وجب العمل به وترك القياس

(مسألة) (وإذا أعتق العبد فإله لسيده)

روى هذا عن ابن مسعود وأبي ايوب وأنس ابن مالك وبه قال قتادة والحكم والثوري والشافعي

الشريك لان الاصل السلامة فالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب وإن كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا في حدوثه فالقول قول المعتق ، لان الاصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه ويحتمل أن يكون القول قول الشريك لان الاصل براءته من العيب حين الاعتاق .

(فصل) والمتبر في اليسار في هذا ان يكون له فضل عن قوته يومه وليته وما يحتاج اليه من خواتمه الاصلية من السكوة والسكن وشائر مالا بدله منه يدفعه الى شريكه ذكره أبو بكر في التنبيه وان وجد بمنز ما يفي بالقيمة قوم عليه قدر ما يملكه منه ذكره أحمد في رواية ابن منصور وهو قول مالك وقال احمد لا تباع فيه دار ولا ربايع ومقتضى هذا ان لا يباع له أصل مال وقال مالك والشافعي يباع عليه شوار بيته وما له بال من كسوته ويقضى عليه في ذلك ما يقضى عليه في سائر الدعاوى والمتبر في ذلك حال تلفظه بالمعتق لانه حال الوجوب فان ايسر العسر بعد ذلك لم يسر اعتاقه وان اعسر المومر لم يسقط ما وجب عليه لانه وجب عايه فلم يسقط باعساره كدين الاتلاف نص على هذا احمد (فصل) إذا قال احد الشريكين لشريكه إذا أعتقت نصيبك فنصبي حر مع نصيبك فاعتق نصيبه عتقا مما ولم يلزم المعتق شيء وقيل يمتق كله على المعتق لأن اعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه فيلزم ان يكون سابقا عليه والاول أولى لانه امكن العمل بمقتضى شرطه فوجب حمله

وأصحاب الرأي وروى ذلك عن حماد والبيتي وداود بن أبي هند وحديد وعنه رواية أخرى أنه لعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي ومالك وأهل المدينة يبيعه لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « من اعتق عبداً وله مال فالمال للعبد » رواه الامام أحمد وغيره وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر انه كان إذا اعتق عبداً لم يمرض لاله

ولنا ما روى الاثرم باسناده عن ابن مسعود أنه قال لغلामه عمير يا عمير إني أريد ان أعتقك عتقا هنيئاً فاخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول ايما رجل اعتق عبده أو غلامه فليخبره بماله فماله لسيده ولان العبد وماله كاتا للسيد فزال ملكه عن احدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه وقد دل عليه حديث النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع » فأما حديث ابن عمر فقال أحمد يرويه عبد الله بن أبي جعفر عن أهل مصر وهو ضعيف في الحديث كان صاحب فقه فاما في الحديث فليس هو فيه باتموي وقال أبو الوليد هذا الحديث خطأ فاما فعل ابن عمر فهو تفضل منه على معتقه قيل لاحمد كان هذا عندك على التفضل ؟ فقال أي لعمري على التفضل قيل له فكأنه عندك للسيد ؟ فقال نعم للسيد مع البيع سواء

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وإذا اعتق جزءاً من عبده مميئاً أو مشاعاً عتق كله) أما إذا اعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف فانه يصبح عتقه باجماع أهل العلم فان اعتق بعضه

٢٤٨ حكم ما لو قال شريك لشريكه إذا أعتقت نصيبك فاعتق نصيبي [المغني والشرح الكبير]

عليه كما لو وكله في اعتناق نصيبه مع نصيبه فاعتقهما معا وإن قال إذا أعتقت نصيبك فنصبي حر فقال أصحابنا إذا اعتق نصيبا سرى وعق عليه كله وقوم عليه ولا يقع اعتناق شريكه لأن السراية سبقت فنمت عتق الشريك ويحتمل أن يعتق عليهما جميعاً لأن عتق نصيبه سبب للسراية وشرط لعتق نصيب الشريك فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودهما في حال واحد وقد يرجح وقوع عتق الشريك لأنه تصرف منه في ملكه والسراية تقع في غير الملك على خلاف الأصل فكان تقوُّذ عتق الشريك أولى ولأن سراية العتق على خلاف الأصل لكونها اتلافاً للملك المصنوع بخير رضا والزاماً للمعتق غرامة لم يلتزمها بخير اختياره وإنما يثبت لمصلحة تكميل العتق فإذا حصلت هذه المصلحة باعتناق المالك كان أولى وإن قال إذا أعتقت نصيبك فنصبي حر قبل إعتاقلك نصيبك وقعا معا إذا أعتق نصيبه وهذا مقتضى قول أبي بكر والقاضي ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على للمعتق ولا يقع اعتناق شريكه لأنه اعتق في زمن ماضي ومقتضى قول ابن سريج ومن واقعه ممن قال بسراية العتق أن لا يصح اعتاقه لأنه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع اعتاق نصيب هذا ويمتنع عتق نصيب الشريك وينبغي إلى الدور فيمتنع الجميع وقد مضى الكلام في هذا في مسائل الطلاق والله تعالى أعلم

عتق كله في قول جمهور العلماء روي ذلك عن عمر وابنه رضي الله عنهما وبه قال الحسن والحكم والأوزاعي والثوري والشافعي قال ابن عبد البر عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله إذا اعتق نصفه وقل طاووس يعتق في عتقه ويرق في رقه وقال حماد وأبو حنيفة يعتق منه ما اعتق ويسمى في باقيه وخالف أبو حنيفة أصحابه فلم يروا عليه . ما به وروي عن مالك في رجل اعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات فقال أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً لأنه تصرف في بعضه فلم يسر إلى باقيه كالبيع ولنا قول النبي ﷺ « من اعتق ثمر كاله في عبد فكان معه ما يبلغ ثمنه قوم عليه قيمة عدل وعتق عليه جميع العبد » وإذا اعتق عليه نصيب شريكه كان تنبهاً على عتق جميعه إذا كان كله ملكاً له وقال النبي ﷺ « من اعتق شقصاً من مملوك فهو حر من ماله » ولأنه إزالة ملك عن بعض مملوكه إلا دمي فزال عنه جميعه كإطلاق ويفارق البيوع فإنه لا يحتاج إلى السعاية ولا يبنى على التغليب والسراية . إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يعتق جزءاً كبيراً كنصفه أو ثلثه أو صغيراً كعشره أو عشر عشره ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعاً

(فصل) ذن اعتق جزءاً معيناً كراسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضاً وبه قال قتادة والشافعي وإسحاق وقال أصحاب الرأي إن اعتق رأسه أو ظهره أو يده أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله لأن حياته لا تبقى بدون ذلك وإن اعتق يده أو عضواً تبقى حياته بدونها لم يعتق لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقائه فلم يعتق كاعتاقه شعره

(مسئلة) قال (وان اعتقه الاول وهو معسر واعتقه الثاني وهو وسر عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه وكان ثلث ولاته للمعتق الاول وثلثاه للمعتق الثاني)

ظاهر المذهب ان المعسر اذا اعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر الى نصيب شريكه بل يبقى على الرق فاذا اعتق الثاني نصيبه وهو موسر عتق عليه جميع ما بقي منه نصيبه بالمياسرة ونصيب شريكه الثالث بالسراية وصار له ثلثا ولاته وللأول ثلثه وهذا قول اسحاق وأبي عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك والشافعي على الوجه الذي بيناه من قولها فيما مضى وروي عن عروة انه اشترى عبداً اعتق نصفه وكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر وروي عن أحمد ان المعسر اذا اعتق نصيبه استسمى العبد في قيمة حصه الباقي حتى يؤديها فيعتق وهو قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والاوزاعي وأبي يوسف ومحمد لما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ «من اعتق شقصا له في مملوك فعليه ان يعتقه كله ان كان له مال والا استسمى العبد غير مشقوق عليه» متفق عليه ورواه أبو داود وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة فاذا استسمى في نصف قيمته لم يسر معتق رجوع عليه بنصف القيمة لانه هو الجاه الى هذا وكلفه اياه وعن أبي يوسف ومحمد انها فلا يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته لان العتق لا يتبعض فاذا وجد في البعض

ولنا انه اعتق عضواً من اعضائه فعتق جميعه كراسبه فاما اذا اعتق شعره أو سنه أو ظفره لم يعتق وقل قتادة والليث في الرجل يعتق ظفر عبده يعتق كله لانه من اجزائه أشبه أصبعه ولنا ان هذه الاشياء نزول ونخرج غيرها فاشبهت الشعر والريق وسند كذا في الطلاق والمعتق مثله (مسئلة) (وان اعتق شركا له في عبد وهو موسر بقيمة باقية عتق كله وعليه قيمة باقية يوم العتق لشريكه)

وجماته ان الشريك اذا اعتق نصيبه من العبد عتق عليه لانهم فيه خلافاً لما ذكرنا من الاثر واذا عتق نصيبه سرى العتق الى جميعه فصار جميعه حراً وعلى المعتق قيمة انصاء شركائه ولو لامله هذا قول مالك وابن أبي ليلى وابن شبرمة وشوري والشافعي وأبي يوسف ومحمد واسحاق وقال الليث لا يعتق الا حصه المعتق ونصيب الباقي باق على الرق ولا شيء على المعتق لما روى الثلب عن أبيه ان رجلاً اعتق شقصا له في مملوك فلم يضمه النبي ﷺ رواه الامام أحمد ولانه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق الا ان تكون جارية نفيسة يغلى فيها فيكون ذلك بمنزلة الجاية من المعتق للضرر الذي أدخله على شريكه وقال أبو حنيفة لا يعتق الا حصه المعتق ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء ان شاء اعتق وان شاء استسمى العبد وان شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ

سرى إلى جميعه كالطلاق ويلزم للمعتق القيمة لأنه التلّف لنصيب صاحبه باعتاقه فوجبت قيمته في ذمته كما لو أتلّفه بقتله ، وقال أبو حنيفة لا يسري العتق وإنما يستحق به اعتاق النصيب الباقي فيتخير شريكه بين اعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين أن يستسعى العبد في قيمة نصيبه فإذا أداها إليه عتق والولاء بينهما

ولنا حديث ابن عمر وهو حديث صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولأن الاستسعاء اعتاق بموض فلم يجبر عليه كالكتابة ولأن في الاستسعاء اضراماً بالشريك والعبد . أما الشريك فإنا نحيله على سعاية لعله لا يحصل منها شيء أصلاً وإن حصل فربما يكون يسيراً مثقراً ويفوت عليه ملكه ، وأما العبد فإنا نجبره على سعاية لم يردّها وكسب لم يخرجه وهذا ضرر في حقهما وقد قال النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » قل سليمان بن حبيب أليس أئزّم المعتق ثمن ما بقي من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر ؟ إذا أمره بالدمي وأعطائه كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأبي ضرر أعظم من هذا ؟ فأما حديث الاستسعاء فقال الأثرم ذكره سليمان بن حرب فعلمن فيه وضعفه ، وقال أبو عبد الله ليس في الاستسعاء ثبت عن النبي ﷺ ، حديث أبي هريرة يرويه ابن أبي عروة ، وأما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكرهما وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية : قال أبو داود وهما أيضاً لا يقوله قال الروذني : وضعف أبو عبد الله حديث سميد وقال ابن المنذر لا يصح حديث الاستسعاء

ولنا الحديث الذي رويناه وهو صحيح متفق عليه ورواه مالك في موطنه عن نافع عن ابن عمر فأنبت النبي ﷺ العتق في جميعه وأوجب قيمة نصيب المعتق عليه ولم يجعل له خيرة ولا لغيره وروى قتادة عن أبي الليخ عن أبيه أن رجلاً من قومه اعتق شقيقاً له في مملوك فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فجعل خلاصه عليه في ماله وقال « ليس لله شريك » قال أبو عبد الله الصحيح أنه عن أبي الليخ عن النبي ﷺ مرسل وليس فيه عن أبيه هذا معنى كلامه وقول البقي شاذ يخالف الأخبار كلها فلا يعمل عليه وحديث التلب يتعين محله على المسر جمعاً بين الأحاديث وقياس العتق على البيع لا يصح فإن البيع لا يسري فيما إذا كان العبد كله له والمعتق يسري فإنه لو باع نصف عبده لم يسر ولو أعتقه عتق كله . إذا ثبت هذا فإن ولّاه يكون له لأنه عتق باعتاقه من ماله ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه (فصل) ولا فرق في هذا بين أن يكون الشركاء مسلمين أو كافرين أو بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ذكره القاضي وهو قول الشافعي وذكر أبو الخطاب في الكافر وجهاً أنه إذا اعتق نصيبه من مسلم أنه لا يسري إلى باقيه ولا يقوم عليه لأنه لا يصح شراء الكافر عبداً مسلماً

ولنا عموم التامر ولأن ذلك يثبت لازالة الضرر فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب والغرض هنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التملك بخلاف الشراء ولو قدر أن ههنا تملكاً لكان تقديراً في أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق لا ضرر فيه فإن قدر فيه ضرر فهو مغمور

وذكر همام ان ذكر الاستسعاء من فنيا قتادة وفرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله ﷺ وقول قتادة قل بعد ذلك فكان قتادة يقول ان لم يكن له مال استسعى ، قال ابن عبد البر حديث أبي هريرة يدور على قتادة وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة في قتادة فالقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم بالحديث اذا خالفهم غيرهم ، فأما قول أبي حنيفة وقول صاحبيه الاخير فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قوي ولا ضعيف بل هو مجرد رأي وتحكم بخالف الحديثين جميعاً قال ابن عبد البر : لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ولا حديث أبي هريرة على وجهه وكل قول يخالف السنة فردود على قائله والله المستعان

(فصل) اذا قلنا بالسعاية احتمال ألا يعتق كاه وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يستسعى في ادائها وتكون احكامه احكام الاحرار ، فإن مات وفي يده مال كان لسيد بقية السعاية وباقى ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد وهذا قول أبي يوسف ومحمد ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية فيكون حكمه قبل ادائها حكم من بعهه رقيق إذا مات للشريك الذي لم يعتق من ماله مثل ما يكون له على قول من لم يقل بالسعاية لانه اعتاق بإداء مال فلم يعتق قبل ادائه كالمكاتب وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة يرجع العبد على المقت إذا أيسر لانه كلفه السعاية باعتاقه ولنا أنه حق لزوم العبد في مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ولانه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه

بالنسبة الى ما يحصل من العتق فوجوده كالعدم وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق **(مسئلة)** (فان اعتقه الشريك بعد ذلك وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق) لانه قد صار حراً يعتق الاول له لان عتقه حصل باللفظ لا بدفع القيمة وصار جميعه حراً واستقرت القيمة على المقت الاول فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره وبهذا قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن المنذر والشافعي في قول له اختياره المزني وقال الزهري وعمرو ابن دينار ومالك والشافعي في قول لا يعتق الا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكاً لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بنظر المقت واحتجوا بقول النبي ﷺ « قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطاط ثم يعتق » فجعله ديناً بعد دفع القيمة ولان المقت اذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقاً لم يعتق إلا بالاداء كالمكاتب والشافعي قول ثالث ان المقت مراعى ، فإن دفع القيمة تبين ان العتق كان حصل من حين اعتق نصيبه ، وان لم يدفع القيمة تبين أنه لم يكن عتق لان فيه احتياطاً لها جميعاً ولنا حديث ابن عمر فانه روي بالفاظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ فروى أبو أيوب عن نافع عن ابن عمر ان النبي ﷺ قال « من اعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق » رواه أبو داود والنسائي وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال

(مسئلة) قال (ولو كان المقت الثاني معسراً عتق نصيبه منه وكان ثلثه رقيقاً لمن لم يمتق، فإن مات وفي يده مال كان ثلثه لمن لم يمتق وثلثاه للمقت الاول والمقت الثاني بالولاء اذا لم يكن له وارث أحق منهما)

إما كان كذلك لان المعسر لا يمتق إلا نصيبه ، والاوّل والثاني معسران فلم يمتق على كل واحد إلا نصيبه ونصيبهما الثلثان وبقي ثلثه رقيقاً للثالث فإذا خلف العبد مالا فثلثه للذي لم يمتق لانه مالك لثله وثلثاه ميراث لانه ملكها بجزئه الحر فإن كان له وارث نصيب يرث ماله كله أخذه لانه أحق من المقت وإن لم يكن له وارث نصيب فهو للمعتقين بالولاء ، وإن كان له ذو فرض يرث البعض أخذ فرضه منه وباقيه للمعتقين وهذا أقول فيما إذا لم يكن مالك ثلثه قاسم العبد في حياته كسبه ولم يهايته فاما ان قامه او هاباه فلا حق له في تركته لانها حصلت بالجزء الحر فتكون جميعها ميراثاً لورثته دون مالك لثله إذ لا حق له في الجزء الحر فلا يكون له حق فيما كسبه به ولا فيما ملكه به

(فصل) ومن قال بالسعاية فانه يستسعى حين أعتقه الاول فاذا أعتق الثاني نصيبه انبنى ذلك على القول في حريته هل حصلت باعتاق الاول اولا؟ فن جعله حراً لم يصح عتق الثاني لانه عتق

قد عتق كله» وفي رواية ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر «وكان للذي يعتق ما يبايع منه بقيمة العبد يعتق كله» وروى ابو داود باسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ «من اعتق شقصا في مملوك فهو خير من ماله» وهذه نصوص في محل النزاع فانه جعله حراً وعتيقاً باعتاقه مشروطاً بكونه موسراً ولانه عتق بالسراية فكانت حاصلة من لفظه عتق كماله لو أعتق جزءاً من عبده ولان القيمة معتبرة وقت الاعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الاعتاق وعند الشافعي لا ينفذ بالاعتاق أيضاً فدل على ان المقت حصل فيه بالاعتاق الاول فاما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان الواو لا تقتضي ترتيباً وأما المظف بهم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فانه قد تردد لغير الترتيب كقول سبحة (ثم الله شهيد على ما يفعلون) فاما العوض فانهما وجب عن المثل بالاعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الاعتاق وعدم اعتبار التراضي فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة . إذا ثبت هذا فان الشريك إذا أعتقه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق ولا له عليه ولاء ولاؤه كله للمعتق الاول وعليه القيمة لانه قد صار حراً باعتاقه وعند مالك يكون ولاؤه بينهما على قدر ملكهما فيه ولا شيء على المقت الاول من القيمة ولو ان المقت الاول لم يؤد القيمة حتى أفاست عتق العبد وكانت القيمة في ذمته ديناً يزاحم بها الشريك عندنا وعند مالك لا يمتق منه الا ما عتق ولو كان المقت جارية حاملاً فلم يؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المقت الا قيمتها حين

باعثاق الاول ومن لم يجعله حراً صحح عتق الثاني لانه اعتق جزءاً مملوكاً له من عبد وإذا مات قبل أداء
سمايته قد مات وثله رقيق فيكون حكمه في الميراث حكم ما ذكرنا في القول الآخر
(فصل) وإذا حكمنا بعتق بعضه ورق باقيه فإن نفقته في حياته وفطرته واكسائه بينه وبين سيده
على قدر ما فيه من الحرية والرق وإن تراضيا على المهايأة بينهما كانت نفقة العبد وكسبه في أيامه له
وعليه وفي أيام سيده يكون كسبه لسيده ونفقته عليه فأما الاكساب النادرة كاللقطة والهبة والوصية
فذكر القاضي أنها تدخل في المهايأة لأنها من اكسابه فأشبهت المعتادة وذكر غيره من أصحابنا وجهاً
آخر أنها لا تدخل في المهايأة وتكون بينهما على كل حال ، لان المهايأة معاوضة فكانه تعاوض عن
نصيبه من كسبه في يوم سيده بنصيب سيده في يومه فلا تتناول المعاوضة المجهول وما لا يغلب على الظن
وجوده فأما الميراث فلا يدخل في المهايأة ولا يستحق سيده منه شيئاً لانه إنما يرث بمجزئه الحر
ويملك هذا العبد بمجزئه الحر بجميع أنواع الملك ويرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية ، وقد
مضى ذكر ذلك .

(فصل) ومن أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف صح عتقه بإجماع أهل العلم ، وإن أعتق
بعضه عتق كله في قول جمهور العلماء ، ووي ذلك عن عمر وابنه رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن
والحكم والازاعي واشوري والشافعي ، قل ابن عبد البر عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله

أعتقها لانه حينئذ حررها وعند مالك يقوم ولذا أيضاً ولو أضاف العبد قبل أداء القيمة تاف حراً
واقبته على المتيق لانه فوت رقه ، وعند مالك لا شيء على المتيق وما لم يقوم ويحكم بقيمته فهو في
جميع أحكامه عبد

(فصل) والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق لانه حين الاتلاف وهو قول الشافعي على أقواله كلها
فإن اختلفا في قدره رجع إلى قول المقومين فإن كان العبد قد مات أو غاب أو تأخر توقيمه زمناً
تختلف فيه القيم ولم تكن بينة فالقول قول المتيق لانه منكر للزيادة والاصل براءة ذمته منها وهذا
أحد قولي الشافعي فإن اختلفا في صناعة في العبد توجب زيادة في القيمة فالقول قول المتيق كذلك
الا أن يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعلها فيه فيكون القول قول الشريك
لعلنا بصدقه وإن مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان (أحدهما) القول قول المتيق لان الاصل
براءة ذمته (والثاني) القول قول الشريك لان الاصل بقاء ما كان وعدم الحدوث وإن اختلفا في عيب
ينقص قيمته كسرقه أو أباق فالقول قول الشريك لان الاصل السلامة فبالجهة التي رجحنا قول
المتيق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب وإن كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا
في حدوثه فالقول قول المتيق لان الاصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب
فيه ويحتمل أن يكون القول قول الشريك لان الاصل براءته من العيب حين الاعتاق

إذا أعتق نصفه وقيل طاوس يعتق في عتقه وبرق في رقه وقال حماد وأبو حنيفة يعتق منه ما أعتق ويسمى في باقيه وخالف أبا حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعاية وروى عن مالك في رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات فقال أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً لأنه تصرف في بعضه فلم يسر إلى باقيه كالبيع .

ولنا قول النبي ﷺ « من أعتق شركاً له في عبد فكان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وعتق عليه جميع العبد » وإذا أعتق عليه نصيب شريكه كان بينهما على عتق جميعه إذا كان كله ملكاً له ، وقيل النبي ﷺ « من أعتق شقصاً له في مملوك فهو حر من ماله » ولأنه إزالة ملك لبعض مملوكه الآدمي فزال عن جميعه كالطلاق ويفارق البيع فإنه لا يحتاج إلى السعاية ولا ينبغي على التغليب والسرية . إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يعتق جزءاً كبيراً كنصفه وثلاثة أو صغيراً كمشرده وعشر عشره ، ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بسرية العتق إذا كان مشاءً ، وإن أعتق جزءاً مميئناً كرأسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضاً ، وبهذا قال قتادة والشافعي وإسحاق وقال أصحاب الرأي إن أعتق رأسه أو ظهره أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله لأن حياته لا تبقى بدون ذلك ، وإن أعتق يده أو عضواً تبقى حياته بدونها لم يعتق لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقائه فلم يعتق باعتاقه كشعره أو سنه .

ولنا أنه أعتق عضواً من أعضائه فاعتق جميعه كرأسه فأما إذا أعتق شعره أو سنه أو ظفره لم

(فصل) والمعتبر في اليسار في هذا أن يكون له فضل عن قوت يومه وليلته وما يحتاج إليه من حوائجه الأصلية من الكسوة وسائر ما لا بد منه ما يدفعه إلى شريكه ذكره أبو بكر في انتبيه وإن وجد بعض ما يفي بالقيمة قوم عليه قدر ما يمكنه منه ذكره أحمد في رواية ابن منصور وهو قول مالك وقال أحمد لا يباع فيه دار ولا ربايع ومقتضى هذا أن لا يباع له أصل مال ، وقيل مالك والشافعي يباع عليه سوار يتيته وماله بال من كسوته ويقضى عليه في ذلك كما يقضى عليه في سائر الدعاوى والمعتبر في ذلك حال تملكه بالعتق لأنه حل الوجوب فإن أيسر المسر بعد ذلك لم يسر اعتاقه ، وإن أعسر المومر لم يسقط ما وجب عليه لأنه وجب عليه فلم يسقط بأعساره كدين الاتلاف نص عليه أحمد

❖ مسألة ❖ (وإن كان معسراً لم يعتق إلا نصيبه وبقي حق شريكه فيه وعنه يعتق كله ويستسمى العبد في قيمة باقيه غير مشقوق عليه)

ظاهر المذهب إن المعسر إذا أعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر إلى نصيب شريكه بل يبقى على الرق فإذا أعتق شريكه عتق عليه نصيبه وهذا قول إسحاق وأبي عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك والشافعي على ما بيناه فيما مضى ، وروى عن عروة أنه اشترى عبداً أعتق نصفه فكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر ، وروى عن أحمد إن المعتق إذا أعتق نصيبه استسمى العبد في قيمة باقيه حتى يؤديها فيعتق وهو قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والأوزاعي

(المثني والشرح الكبير) . حكم ما لو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد أن شريكه اعتق حقه ٢٥٥

يعتق وقل قتادة والليث في الرجل يعتق ظفر عبده يعتق كله لأنه جزء من أجزائه أشبه أصبعه ولنا أن هذه الأشياء تزول ويخرج غيرها فأشبهت الشعر والريق وقد ذكر ذلك في الطلاق وما ذكر في الطلاق فالعتاق مثله والله أعلم .

« مسألة » قال (وإذا كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه اعتق حقه منه فإن كانا معسرين لم يقبل قول كل واحد منهما على شريكه فإن كانا عدلين كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً)
أما إذا كان الشريكان معسرين فليس في دعوى أحدهما على صاحبه اعتناق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء لاستحقاق قيمته على العتق لكون عتق المعسر يقف على نصيبه ولا يسري إلى غيره فلم يكن في دعواه أكثر من أنه شاهد على صاحبه باعتناق نصيبه فإن لم يكونا عدلين فلا أثر لكلامهما في الحال ولا عبرة بقولهما ، لأن غير المدل لا تقبل شهادته وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة ، لأن كل واحد منهما لا يجر إلى نفسه بشهادته نفياً ولا يدفع بها ضرراً . وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل فإن حلف معها

وإبي يوسف ومحمد لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من أعتق شقصاً له في مملوك فمليه أن يعتقه كله إن كان له مال وإلا استسمى العبد غير مشقوق عليه » متفق عليه ، ورواه أبو داود قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة فإذا استسعى في نصف قيمته ثم أيسر ممتقه رجع عليه بنصف القيمة لأنه هو ألجأه إلى هذا وكلفه إياه ، وعن أبي يوسف ومحمد أنهما قالاً يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته لأن العتق لا يتبعض فإذا وجد في البعض سرى إلى جميعه كالطلاق وتلزم العتق القيمة لأنه المتألف لنصيب صاحبه باعتاقه فوجبت قيمته في ذمته كما لو أتلفه وقال أبو حنيفة لا يسري فيه العتق وإنما يستحق به اعتناق النصيب الباقي فيخير شريكه بين اعتناق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين أن يستسعى العبد في قيمة نصيبه فإذا أداه إليه عتق والولاء بينهما

ولنا حديث ابن عمر وهو صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولأن الاستسعاء اعتناق بعوض فلم يجبر عليه كالكسابة ولأن في الاستسعاء أضراراً بالشريك والعبد أما الشريك فأنما يجبر على سعاية قد لا يحصل منها شيء أصلاً وإن حصل فالظاهر أنه يكون متزقاً ويفوت عليه ملكه وأما العبد فإنه يجبره على سعاية لم يردّها وكسب لم ينخره وهذا ضرر في حقهما وقد قال النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وقال ساجان بن حرب ليس الزم المعتق نمن ما بقي من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر فإذا أسروا بالسعي وأعضاء كل شهر درهمين ولم يقدر على ملكه فأي ضرر أعظم من ذلك ؟

عق كله وإن حلف مع أحدهما صار نصفه حراً على الرواية التي تقول أن العتق يحصل بشاهد وعين وإن لم يحلف مع واحد منهما لم يمتد منه شيء لأن العتق لا يحصل بشاهد من غير عين بلا خلاف نعلمه ، وإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر فله أن يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حراً ويبقى نصفه الآخر رقيقاً

(فصل) ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف بأن نصيبه قد خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستسعى في قيمته لا اعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه

(فصل) وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر إلى النصف الذي كان له لأن عتقه حصل باعترافه بحريته باعتناق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء ، لأنه لا يدعي اعتاقه بل يعترف بأن العتق غيره وإنما هو مخلص له ممن يدترقه ظلاً فهو كخاص الأسير من أيدي الكفار

وقال أبو الخطاب يسري لأنه شراء حصل به الاعتناق فأشبهه شراء بعض ولده وإن أكذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه لم يقبل منه لأنه رجوع عن الأقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه وهل يثبت له الولاء عليه أن نطقه؟ يحتمل أن لا يثبت لما ذكرنا ويحتمل أن يثبت لأننا نعلم أن على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينافيه فيه فوجب أن يقبل قوله فيه ، وإن اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حراً لا ولاء عليه لو אחד

فأما حديث الاستسعاء فقال الأثرم ذكره سليمان بن حرب فطعن فيه وضعفه ، وقال أبو عبد الله ليس في الاستسعاء ثبت عن النبي ﷺ ، حديث أبي هريرة يرويه ابن أبي عروبة وأما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكره وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية قال أبو داود وهمام أيضاً لا يقوله قال المروزي وضعف أبو عبد الله حديث سعيد وقال ابن المنذر لا يصح حديث الاستسعاء وذكر همام أن ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة وفرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله ﷺ وقول قتادة قال بعد ذلك فكان قتادة يقول : إن لم يكن له مال استسعى قال ابن عبد البر حديث أبي هريرة يدور على قتادة ، وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة في قتادة وقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم إذا خالفهم غيرهم فأما قول أبي حنيفة وقول صاحبيه الأخير فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قري ولا ضعيف بل هو مجرد رأي وتحكم بخلاف الحديثين جميعاً قال ابن عبد البر لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ولا بحديث أبي هريرة على وجهه وكل قول خالف السنة فردود على قائله ، والله المستعان .

(فصل) وإذا قلنا بالسعاية احتمل أن يمتق كله وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يسمى في أدائها وتكون أحكامه أحكام الأحرار فإن مات وفي يده مال كان لسيدته بقية السعاية وباقى ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد وهذا قول أبي يوسف ومحمد ويحتمل أن لا يمتق حتى يؤدي السعاية فيكون

منهما فان أعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له الولاء على من أعتقه؟ على وجهين ، وإن أقر كل واحد منهما بأنه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر في شهادته بطل البيعان ويثبت لكل واحد منهما الولاء على نفسه لأن أحدا لا ينازعه فيه وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وإن لم يكن واحد منهما نفسه لثنا فلم أن الولاء عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما وأنه بينهما أما بالعتق الأول وأما بالثاني لأنهما إن كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي أعتقه أولا وإن كانا كاذبين فقد أعتق كل واحد منهما نصفه بعد أن اشتراه وإن كان أحدهما صادقا والآخر كاذبا فلا ولأ للصادق منهما لأنه لم يعتق النصف الذي كان له أولا ولا صح عتقه في الذي اشتراه لأنه كان حراً قبل شرائه والولاء كله للكاذب لأنه أعتق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه فأعتقه وكل واحد منهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما

(فصل) وكل من شهد على سيد عبد بعثه ثم اشتراه عتق عليه ، وإن شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترى أو أحدهما عتق وبهذا قال الأوزاعي ومالك والشافعي وابن المنذر وهو قياس قول أبي حنيفة ولا يثبت للمستري ولأ على العبد لأنه لا يدعيه ولا للبائع لأنه ينكر عتقه ، ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عليهما ، أو كان معسرين عدلين خلف العبد مع كل واحد وعتق ، أو شهد مع كل واحد منهما

حكمه قبل ادائها حكم من بهضه رقيق إن مات فلشريك الذي لم يعتق من ماله مثل ما يكون له على قول من لم يقل بالسمية لأنه اعتناق باداء مال فلم يعتق قبل ادائه كالكاتب ، وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة يرجع العبد إلى المعتق إذا أيسر لأنه كفه السمية باعتناقه

ولأنه حق لزوم العبد في مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ولأنه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في الموضع كسائر الحقوق الواجبة عليه

(مسألة) وإذا كان العبد ثلاثة لأحدهم نصفه ولا آخر ثلثه وثالث سدسه فاعتق صاحب النصف وصاحب السدس معا وهما موسران عتق عليهما وضمانا حق شريكهما فيه نصفين وصار ولاؤه بينهما أثلاثا ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكهما فيه)

إذا كان العبد مشتركا بين جماعة فاعتق اثنان منهم وهم موسرون معسرى عتقهم إلى باقي العبد ويكون الضمان بينهم على عدد رؤوسهم يتساوون في ضمانه وولائه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر أملاكهم وهو قول مالك في إحدى الروايتين عنه لأن السراية جملة باعتناق مالكهما وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنقمة واستحقاق الشفعة

ولنا أن عتق النصيب اتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساويان في الغنم كما لو جرح أحدهما

عدل آخر وعق العبد او ادعى عبدان سيده أعتقه فأنكر وقامت اليينة بعتقه عتق ولا ولاء
على العبد في هذه المواضع كلها لان أحداً لا يدعيه ولا يثبت لاحد حق ينكره فان عاد من
ثبت اعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء لانه لا مستحق له سواء وانما لم يثبت له لانكاره له فاذله
اعترف زال الانكار وثبت له ، وأما الموسران اذا أعتق عليهما فإن صدق أحدهما صاحبه في انه
أعتق نصيبه وحده او انه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر فان اتفقا على ان كل
واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما وإن ادعى كل واحد منهما انه المعتق وحده او
انه السابق بالعتق محالفاً وكان الولاء بينهما نصفين

(مسئلة) قال (وان كان الشريكان موسرين فقد صار العبد حراً باعتراف كل واحد
منهما بحريته وصار مدعي على شريكه نصف قيمته فان لم تكن يينة قيمين كل واحد منهما الشريكه)

وجملة ذلك ان الشريكين الموسرين اذا ادعى كل واحد منهما ان شريكه أعتق نصيبه فكل
واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لانه يقول لشئ يكره أعتقت
نصيبك فمضى العتق الى نصيبه فتق كله عليك ولزمك لي قيمة نصيبه فصار العبد حراً لا اعترافهما

جرحاً والآخر جرحين فمات بها أو التي أحدهما جزءاً من النجاسة في مائه واتي الآخر جزأين وبقا ارق
الشفعة فانها ثبتت لازالة الضرر عن نصيب الشريك الذي لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه
ولان الضمان ههنا لدفع الضرر عنها وفي الشفعة لدفع الضرر عنها والضرر منها يستويان في ادخاله
على الشريك وفي الشفعة ضرر صاحب النصف اعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفاً : إذا ثبت
هذا كان ولاؤه بينهما ثلاثاً لاننا إذا حكمنا بان الثلث معتق عليهما نصفين فنصفه سدس إذا ضمناه
إلى النصف الذي لاحدهما صار ثلثين وإذا ضمنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثاً وعلى
الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعاً لصاحب السدس ربه ولصاحب النصف ثلاثة أرباعاً والضمان
كذلك ويشترط عتقها معاً بان يوكلا من يعتقه عنهما أو يوكلا أحدهما الآخر في عتق نصيبه ويتلفظا
به معاً لانه لو سبق أحدهما صاحبه عتق عليه جميعه على ما ذكرنا ويترط اليسار أيضاً فيهما فان كان
أحدهما موسراً وحده قوم عليه نصيب من لم يعتق لان الممسر لا يسري عتقه فيكون الضمان على الممسر
خاصة فان كان أحدهما موسراً ببعض ما يخصه قوم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر مثل ان يجد
صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه
بينهم أرباعاً لصاحب السدس ربه وباقيه لمعتق النصف لانه لو كان أحدهما موسراً قوم
الجميع على الآخر فاذا كان موسراً ببعضه قوم الباقي على صاحب النصف لانه مرسر وفيه
اختلاف ذكرناه من قبل

بحريته وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وإن لم تكن بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئاً فان نكل أحدهما قضي عليه وإن نكلا جميعاً تساقط حقاها لتمامهما ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاستين والمسلمين والكافرين لتساوي العدل والفاستين والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى بخلاف التي قبلها

(فصل) وإن كان أحد الشريكين موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده لاعترافه بأن نصيبه قد صار حراً باعتناق شريكه الموسر الذي يسري عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لانه يدعي ان المعسر الذي لا يسري عتقه أعتق نصيبه خاصة فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه لانه يجر شهادته الى نفسه نفعاً لكونه يوجب عليه بشهادته نصف قيمته فلي هذا إن لم تكن للعبد بينة سواء حلف الموسر وبريء من القيمة والعتق جميعاً ولا ولاء للمعسر في نصيبه لانه لا يدعيه ولا للموسر لذلك أيضاً وإن عاد المعسر فاعتقه وادعاه ثبت له وإن أقر الموسر باعتناق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضاً وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاء ، وإن كن للعبد بينة أجنبية تشهد باعتناق الموسر وكانت عدلين ثبت العتق ووجبت القيمة للمعسر عليه ، وإن كانت رجلاً واحداً حلف العبد معه ويثبت العتق في إحدى الروايتين والأخرى لا يثبت العتق والمعسر أن

﴿مسئلة﴾ (وإذا عتق الكافر نصيبه من مسلم وهو موسر سري إلى باقيه في أحد الوجهين) ذكره القاضي وهو قول الشافعي لانه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم التلغات والوجه الثاني لا يسري ذكره أبو الخطاب لان فيه تدبير الملك والكافر لا يجوز ان يتملك المسلم والاول أصح ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وإن ادعى كل واحد من الشريكين ان شريكه اعتق نصيبه وهما موسران فقد صار العبد حراً باعتناق كل واحد منهما أو صار مدعياً على شريكه قيمة حقه منه ولا ولاء عليه لو أحدهما) وجملة ذلك ان الشريكين الموسرين إذا ادعى كل واحد منهما ان شريكه اعتق نصيبه فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لانه يقول لشريكه اعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبي فعتق كله عليك ولزمك لي قيمة نصيبي فصار العبد حراً لاعترافهما بحريته وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه فان كانت لاحدهما بينة حكم له بها وإن لم تكن بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئاً فان نكل أحدهما قضي عليه وإن نكلا جميعاً تساقط حقاها لتمامهما ولا ولاء عليه لو أحدهما لانه لا يدعيه ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاستين والمسلمين والكافرين لتساوي العدل والفاستين والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى فان اعترف أحدهما به بعد ذلك ثبت له لانه لا يستحق له سواء وإنما لم يثبت له لانكاره له فاذا اعترف به زال الانكار فثبت له ولزمته قيمة نصيب شريكه لاعترافه بها

بحلف معه ويستحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يحلف لأن الذي يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين (فصل) وإن ادعى أحد الشريكين أن شريكه اعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسراً اعتق نصيب المدعي وحده لا اعترافه بحريته بسراية عتق شريكه وصار مدعياً نصف القيمة على شريكه ولا يسري لأنه لا يعترف أنه المعتق له. وإنما عتق باعترافه بحريته لا باعتاقه له ولا ولاء له عليه لانكاره له قول القاضي وولاؤه موقوف وإن كان المدعي عدلاً لم تقبل شهادته لأنه يدعي نصف قيمته على شريكه فيجر بشهادته نفعاً ومن شهد بشهادة يجر اليه بها نفعاً بطلت شهادته كلها، وأما إن كان المدعى عليه معسراً فاقول قول مع يمينه ولا يمتنع منه شيء، وإن كان المدعي عدلاً حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حراً وقال حماد إن كان المشهود عليه موسراً سعى له وإن كان معسراً سعى لهما وتال أبو حنيفة إن كان معسراً سعى العبد وولاؤه بينهما وإن كان موسراً فولاء نصفه موقوف فإن اعترف أنه اعتق استحق الولاء وإلا كان الولاء لبيت المال

(فصل) إذا قل أحد الشريكين إن كان هذا الطائر غراباً فنصيبه حر وقال الآخر إن لم يكن غراباً فنصيبه حر وطر ولم يعلموا حاله فإن كانا موسرين عتق العبد كله وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده لما ذكرنا وإن كانا معسرين لم يعتق نصيب واحد منهما لأنه لم ينعين الخث فيه فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر عتق نصفه لأننا علمنا حرية نصفه ولم يسر إلى النصف الآخر وإن اشترى العبد أجنبي عتق نصفه لأن نصفه حر يقيناً فلم يملك جميعه.

❦ مسألة ❦ (وإن كانا معسرين لم يعتق على واحد منهما)

لأنه ليس في دعوى أحدهما على صاحبه أنه اعتق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء استحقاق قيمتها على المقتل لكن عتق العسر لا يسري إلى غيره فلم يكن في دعواه أكبر من أنه شاهد على صاحبه باعتاق نصيبه فإن كانا فاسقين فلا أثر لهما في الحل ولا عبادة بقولهم لأن غير العدل لا تقبل شهادته، وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة لأن كل واحد منهما لا يجر إلى نفسه بشهادته نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل فإن حلف معهما تقى كله وإن حلف مع أحدهما عتق نصفه على الرواية التي تقول إن العتق يثبت بشاهد ويمين وإن لم يحلف لم يعتق منه شيء لأن العتق لا يصل بشاهد من غير يمين وإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر فله أن يحلف مع شهادة العدل ويصير نفسه حراً والآخر رقيقاً

(فصل) ومن قل بالاستمراء فقد اعترف بأن نصيبه خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستدعى في قيمته لا اعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه

❦ مسألة ❦ (وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر إلى النصف الذي كان له)

لأن عتقه حصل باعترافه بحريته باعتاق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء لأنه لا يدعي انتفاعه بل

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا مات رجل وخلف ابنين وعبدان لا يملك غيرهما وهما متساويان في القيمة فقال أحد الابنين أبي أعتق هذا وقال الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما أفرع بينهما فان وقعت القرعة على الذي اعترف الابن بعنته -تتق ثلثاه ان لم يجر الابان عنته كالا وكان الآخر عبدا وان وقعت القرعة على الآخر -تتق منه ثلثه وكان لمن قرعنا بقوله فيه سدسه ونصف العبد الآخر ولاخيه نصبه وسدس العبد الذي اعترف ان أباد عنته فصار ثلث كل واحد من العبدان حرا)

هذه المسئلة محمولة على ان العتق كات في مرض الموت أو بالوصية لانه لو أعتقه في صحته لعتق كله ولم يقف على اجازة الورثة ، فاما اذا اعترف أنه أعتق أحدهما في مرضه فلا يخلو من أربعة أحوال : اما أن يعينا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثه لان ذلك ثلث جميع ماله الا أن يجيزا عتق جميعه فيعتق (الثاني) أن يعين كل واحد منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من

يعترف ان العتق غيره وأما هو مخلص له ممن يسترقه ظلما فهو كخلص الاسير من ايدي الكفار وقال أبو الخطاب يسري لانه شراء حصل به الاعتراف فاشبهه شراء بعض ولده فان أكذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه منه لم يقبل لانه رجوع عن الاقرار بالحرية فلم يقبل كالمو أقر بحرية عبده ثم كذب نفسه وهل يثبت له لولاء عليه ان اعنته؟ فيه احتمالان (أحدهما) لا يثبت لما ذكرناه (والثاني) يثبت لاننا نعلم ان على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواء ولا ينازعه فيه فوجب - ان يقبل قوله فيه وان اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حراً ولا ولاء عليه لو احدهما فان اعنت كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له ولاء ما اعنته؟ على وجهين وان أقر كل واحد منهما بأنه كان اعنت نصيبه وسدق الآخر في شهادته بطل البيعان وثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه لان احدا لا ينازعه فيه وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء ويحتمل أن يثبت لولاء لها وان لم يكذب واحد منهما نفسه لاننا نعلم ان الولاء ثابت عليه لها ولا يخرج عنها وأنه بينهما اما بالعتق الاول واما بالثاني لانهما ان كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي اعنته اولا وان كانا كاذبين فقد اعنت كل واحد منهما نصفه بعد ان اشتراه وان كان احدهما صادقا والآخر كاذبا فلا ولاء للصادق منهما لانه لم يعنت النصف الذي كان له ولاصح عنته في الذي اشتراه لانه كان حراً قبل شرائه والولاء كله للكاذب لانه اعنت النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه وكان واحدهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما

كل واحد منهما ثلثه لأن كل واحد منهما حقه نصف العبدین فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك هو الثلث ، ولأنه يدعى بجزء ثلثه فيقبل قوله في حقه منها وهو اثلاث ويبقى الرق في ثلثه فله نصفه وهو السدس ونصف العبد الذي ينكر عتقه

(والحال الثالث) أن يقول أحدهما أبي أعتق هذا ، ويقول الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما — وهي مسألة الكتاب — فتقوم القرعة مقام تعيين الذي لم يبين فإن وقعت على الذي عينه أخوه عتق منه ثلثاه كما لو عيناه بقولهما ، وإن وقعت على الآخر كان كما لو عين كل واحد منهما عبداً يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذي عينه ونصف العبد الذي ينكر عتقه فيصير ثلث كل واحد من العبدین حراً (الحال الرابع) أن يقولوا أعتق أحدهما ولا تدري من منهما فإنه يقرع بين العبدین فمن وقعت عليه القرعة عتق منه ثلثاه إن لم يجزأ عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً

(فصل) فإن رجع الابن الذي جهل عين المعتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل ، وإن كان بعد القرعة فواقفها تعينته لم يتغير الحكم ، وإن خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه فإن عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وإن عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يبطل العتق في لذي عتق بالقرعة ؟ على وجهين

(فصل) وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه وإن شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشتراه أو أحدهما عتق وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي وابن المنذر وهو قياس قول أبي حنيفة ولا يثبت للمشتري ولا على العبد لأنه لا يدعيه ولا للبائع لأنه ينكر عتقه ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه اعتق حقه منه وكانا موسرين فتق عايبهما أو كانا معسرين عدلين خلف العبد مع كل واحد منهما وعتق العبد أو ادعى عبد أن سيده اعتقه فانكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولا على العبد في هذه المواضع كلها لأن أحدا لا يدعيه ولا يثبت لأحد حق ينكره فإن نادى من ثبت اعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء لأنه لا مستحق له سواء وإنما لم يثبت له لأنكاره له فإذا اعترف زال الانكار وثبت له وأما الموسر إن إذا عتق عليها فإن صدق أحدهما صاحبه في أنه أعتق نصيبه وحده أو أنه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر وإن اتفقا على أن كل واحد منهما اعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما وإن ادعى كل واحد منهما أنه المعتق وحده أو أنه السابق فانكر الآخر تخالفاً والولاء بينهما نصيبين

(مسألة) (وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده)

لاعترافه بأن نصيبه قد صار حراً باعتناق شريكه الموسر الذي يسري عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لأنه يدعي أن المعسر الذي لا يسري عتقه اعتق نصيبه فتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه لأنه يجر إلى نفسه نعماً لا يكونه يجب عليه بشهادته قيمة حصته فعلى هذا إن لم تكن للعبد بينة

(مسئلة) قال (واذا كان لرجل نصف عبد ولا آخر ثلثه ولا آخر سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معا وهما موسر ان عتق طيبهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وكان ولاؤه بينهما أثلاثا لصاحب النصف ثلثاه ولصاحب السدس ثلثه)

وجملته ان العبد إذا كان مشتركاً بين جماعة فأعتق اثنان منهم أو أكثر وهم موسرون سري عتقهم إلى باقي العبد ويكون "ضمان بينهم على عدد رؤوسهم يتساوون في ضمانه وولائه وبهذا قل الشافعي ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر املاكهم وهو قول مالك في إحدى الروايتين عنه لان السراية حصلت باعتاق ملكيها وما وجب بسبب الملك كل على قدره كالشفعة واستحقاق الشفعة ولانا ان عتق النصيب اتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساووا في الضمان كما لو جرح أحدهما جرحاً والآخر جرحين فأت منها أو ألقى أحدهما جزءاً من النجاسة في مائع وألقى الآخر جزءين وفارق الشفعة فنها تثبت لازالة الضرر عن نصيب الذي لم يبيع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ولان الضمان مهمنا لدفع الضرر منها وفي الشفعة لدفع الضرر عنهما والضرر منها يستويان في إدخاله على الشريك وفي الشفعة ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس باختلافهما

سواء حلف الموسر وبرىء من اقيمة والعتق جميعاً ولا ولاء للمعسر في نصيبه لانه لا يدعيه ولا للموسر أيضاً لذلك فان عاد للمعسر فاعتقه وادعاه ثبت له وان اقر للموسر باعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضاً وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاء وان كان للعبد يئنة تشهد باعتاق الموسر وكانت عدلين ثبت العتق ووجببت القيمة للمعسر عليه وان كانت عدلا واحدا وحلف العبد معه ثبت العتق في إحدى الروايتين والاخرى لا يثبت العتق وللمعسر ان يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يحلف لان الذي يدعيه مل يقبل فيه شاهد ويمين

(نصل) وإذا ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نفيه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسراً عتق نصيب المدعي وحده لا اعترافه بجهريته بسراية عتق شريكه وصار مدعياً نصف اقيمة على شريكه ولا يسري لانه لا يعترف أنه المعتق له وانما عتق باعترافه بجهريته لا باعترافه له ولا ولاء عليه لانكاره له قل اتراضي وولاؤه موقوف وان كان المدعي عدلا لم تقبل شهادته لانه يدعي نصف قيمته على شريكه فيجر بشهادته اليه نفعا ومن شهد بشهادة يجربها اليه نفعا بطلت كلها وأما ان كان المدعى عليه معسراً فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء فان كان المدعي عدلا حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حراً وقول حماد ان كان المشهود عليه موسراً سعى له . وان كان معسراً سعى لهما وقال أبو حنيفة ان كان معسراً استسعى العبد وولاؤه بينهما وان كان موسراً فولاؤه نصفه موقوف فان اعترف انه اعتق استحق الولاء والا كان الولاء لبيت المال

وإذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما أثلاثاً لانتا إذا حكمنا بأن أثلاث معتق عليهما نصفين فنصف
أثلاث سدس إذا ضمناه إلى النصف الذي لأحدهما صار ثلثين وإذا ضمنا السدس الآخر إلى
سدس المعتق صار ثلثاً. وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعاً لصاحب النصف ثلاثة أرباعه
وأصاحب السدس ربه والضمان بينهما كذلك.

فأما قوله فأعتقاه معاً فلا نه شرط في الحكم الذي ذكرناه اجتماعهما في المعتق بحيث لا يسبق
أحدهما الآخر بأن يتلفأ به معاً أو يوكل أحدهما صاحبه فيعتقها معاً أو يوكلها ويكتلها فيعتقها أو
يلتق عتقه على شرط فيوجد، فإن سبق أحدهما صاحبه عتق عليه نصيب شريكه جميعاً وكان الضمان
عليه والولاء له كله. وقوله وهما موسرآن شرط آخر فإن سرابة المعتق يشترط لها اليسار فإن كان
أحدهما موسراً وحده قوم عليه جميع نصيب من لم يعتق لأن المفسر لا يسري عتقه فيكون الضمان على
الموسر خاصة، فإن كان أحدهما يجد بمض من يخصه قوم عليه ذلك اتقدر وباقيه على الآخر مثل أن يجد
صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهما
أرباعاً لصاحب السدس ربه وباقيه لمعتق النصف لأنه لو كان أحدهما معسراً قوم الجميع على الآخر فإذا
كان موسراً يعضه قوم الباقي على صاحب النصف لأنه موسر.

﴿مسألة﴾ (وإذا قل أحد الشريكين إذا اعتقت نصيبك فنصيبك حر فاعتق الأول وهو
موسر عتق كله عليه)

هذا اختيار الأصحاب أنه يعتق على الأول ويقوم عليه نصيب الشريك إن كان موسراً ولا
يقع اعتاق شريكه لأن السراية سبقت فنعت عتق الشريك قل شيخنا ويحتمل أن يعتق عليهما
جميعاً لأن عتق نصيبه سبب السراية وشرط لعنق نصيب الشريك فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودهما
في مال واحدة وقد يرجح وقوع عتق الشريك أنه تصرف منه في ملكه والسراية تقع في غير ملك
على خلاف الأصل فكان نفوذ عتق الشريك أولى ولأن سرابة المعتق على خلاف الأصل لكونها
اتلاماً للملك الموصوم بغير رضاه والزاماً للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره وإنما ثبت لمصلحة تكميل
العتق فإذا حصلت هذه المصلحة باعتق الملك كان أولى.

﴿مسألة﴾ (وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا نصيبه) لما ذكرنا من أن عتق المفسر لا يسري إلى
نصيب شريكه ويعتق نصيب شريكه بالشرط

﴿مسألة﴾ (وإن قل إذا اعتقت نصيبك فنصيبك حر مع نصيبك فاعتق نصيبه عتق عليهما موسراً
كان أو معسراً)

ولم يلزم للمعتق شيء لأن العتق وجد منهما معاً فهو كالوكل لرجل في اعتاقه عنهما فاعتقهما وقيل يعتق
كله على المعتق لأن اعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه فيلزم أن يكون سابقاً عليه والأول أولى لأنه أمكن

(مسئلة) (قل واذا كانت الامة بين شريكين فأصابها احدهما واحبها ادب ولم يبلغ به الحد وضمن نصف قيمتها الشريكه وصارت ام ولده وولده حر وان كان معسرا كان في ذمته نصف مهر مثلها وان لم تحبل منه فعليه نصف مهر مثلها وهي على ملكيهما)

لانعلم خلافا بين أهل العلم في تحريم وطء الجارية المشتركة لان الوطء يصادف ملك غيره من غير نكاح ولم يحله الله تعالى في غير ملك ولا نكاح بدليل قوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) واكثر أهل العلم لا يوجبون فيه حدا لان له فيها ملكا فكان ذلك شبهة دائرة للحد واوجبها ابو ثور لانه وطء محرم لاجل كونه في ملك غيره فأشبهه ما لو لم يكن له فيها ملك

ولنا انه وطء صادف ملكه فلم يوجب به حد كوطء زوجته الخائض ويقارن مالا ملك له فيها فانه لاشبهة له فيها ولهذا لو سرق عينا له نصفها لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ولا خلاف في انه يعزر لما ذكرناه في حجة أبي ثور ثم لا يخلو من حالين اما أن لا تحمل منه فهي باقية على ملكها وعليه نصف مهر مثلها لانه وطء سقط فيه الحد للشبهة فوجب مهر المثل كما لو وطئها بظنها امرأته وسواء كانت مطاوعة او مكرهة لما ذكرنا ولان وطء جارية غيره يوجب المهر وان طأعت لان المهر

العمل بمقتضى شرطه فوجب العمل به لما ذكرنا .

(فصل) فان قال إن اعتقت نصيبك فنصيبك حر قبل اعتاقك وقعا معا إذا اعتق نصيبه هذا مقتضى قول أبي بكر والقاضي ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كاه على المعتق ولا يقع اعتاق شريكه لانه اعتاق في زمن ماض ومقتضى قول ابن شريح ومن وافقه ممن قال بسراية العتق أن لا يصح اعتاقه لانه يلزم من عتق نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع اعتاق نصيب هذا وينتفع عتق نصيب الشريك ويفضي إلى الدور فيمتنع الجميع وسنذكر ذلك في الطلاق ان شاء الله تعالى

فصل إذا كان لرجل نصف عبيدين متساويين في القيمة لا يملك غيرهما فاعتق احدهما في صحته عتق وسرى الى نصيب شريكه لانه موسر بالنصف الذي له من العبد الآخر فان اعتق النصف الآخر عتق لان وجوب القيمة في ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لانه معسر وان اعتق الاول في مرض موته لم يسر لانه انما ينفذ عتقه في ثلث ماله وثلث ماله هو الثلث من العبد الذي أعتق نصفه واذا اعتق الثاني وقف على اجازة الورثة وان اعتق الاول في صحته واعتق الثاني في مرضه لم ينفذ عتق الثاني لان عليه دينا يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه الا أن يجيز الورثة .

(فصل) إذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق شركا له في عبد فسرى الى نصيب الشريك

لبيدها فلا يسقط بمطاوعتها كما لو اذبت في قطع عضو من اعضائها ويكون الواجب نصف المهر بقدر ملك الشريك فيها (الحال الثاني) ان يجعلها وتضع ما يتبين فيه بعض خلق الانسان فانها تصير بذلك ام ولد للواطيء كما لو كانت خالصة له وتخرج بذلك من ملك الشريك كما تخرج بالاعتناق وسواء كان الواطيء موسراً او معسراً لان الابلاد اقوى من الاعتناق ويلزمه نصف قيمتها لانه اخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو اخرجه بالاعتناق او الاتلاف فان كان موسراً اداه وان كان معسراً فهو في ذمته كما لو اتلفها والولد حر يلحق نسبه بوالده لانه من وطئه في محل له فيه ملك فأشبه ماله ووطيء زوجته وقال القاضي الصحيح عندي انه لا يقوم عليه نصيب شريكه اذا كان معسراً بل يصير نصفها ام ولد ونصفها فأباً في ملك الشريك لان الاحبال كالعتق ويجري مجراه في التقوم والسراية فاعتبر في سرايته اليسار كالعتق وهذا قول ابي الخطاب ايضاً ومذهب الشافعي فلي هذا اذا ولدت احتمل ان يكون الولد كله حراً لاستحالة انعقاد الولد من حر وعبد واحتمل ان يكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً لان نصف أمه ام ولد ونصفها قن لنير الواطيء فكان نصف الولد حراً ونصفه رقيقاً كولد المعتق بعضها وبهذا يتبين انه لم يستحل انعقاد الولد من حر وقن ووجه قول الحرقي أن بعضها ام ولد فكان جميعها أم ولد كما لو كان الواطيء موسراً ويفارق الاعتناق فان الاستيلاء أقوى ولهذا ينفذ من جميع المال من المريض ومن الصبي والمجنون والاعتناق بخلافه

وغرم له قيمة نصيبه ثم رجما عن الشهادة غرامة قيمة العبد جميعه ، وقال بعض أصحاب الشافعي تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه لانهما لم يشهدا إلا بعتق نصيبه فلم تلزمهما غرامة ماسواه ولنا أنهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه فلزمهما ضمانه كالفوتاه بفعلهما وكالوشهدا عليه بخرج ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجما عن شهادتهما

(فصل) وان شهد شاهدان على ميت بعتق عبد في مرض موته وهو ثلث ماله فحكم الحاكم بشهادتهما وعتق العبد ثم شهد آخران بعتق آخر وهو ثلث ماله ثم رجع الأولان عن الشهادة نظرنا في تاريخ شهادتهما فان كانت سابقة ولم يكذب الورثة رجوعهما عتق الاول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرم شيئاً ويحتمل أن يلزمهما شراء الثاني واعتاقه لانهما منعاه عتقه بشهادتهما الرجوع عنها وان صدقوا في رجوعهما وكذبوا في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا عليهما بقيمة الاول لانهما فوتاه عليه بشهادتهما الرجوع عنها وان كان تاريخها متأخراً عن الشهادة الاخرى بطل حكم عتق المحكوم بعتقه لاننا تبينا أن الميت قد أعتق ثلث ماله قبل اعتاقه ولم يغرم الشاهدان شيئاً لانهما ما فوتا شيئاً وان كانتا مطلقتين أو احدهما أو اتفق تاريخهما أقرع بينهما فان خرجت على الثاني عتق وبطل عتق الاول ولا شيء على الشاهدين لان الاول باق على الرق وان خرجت قرعة الاول عتق

(فصل) قال ابو الخطاب وهل نلزمه قيمة الولد ومهر الامة ؟ على وجهين : (أحدهما) لا يلزمه ذلك وهو ظاهر قول الخرق لانه لم يذكرهما لان الامة صارت مملوكة له فلم يلزمه مهر مملوكته ولا قيمة ولدها ولان الولد خلق حراً فلم يقوم عليه ولده الحر (والوجه الثاني) يلزمه لشريكه نصف مهر مثلها ونصف قيمة ولدها لان الوطء صادف ملك غيره وانما انتقلت بالوطء للوجب للمهر فيكون الوطء سبب الملك ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطء على ملكه فيكون في ملك غيره فيوجب مهر المثل وفعله ذلك منع انخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المفروء، وقال القاضي ان وضعت الولد بعد التتوم فلا شيء على الواطئ لانها وضعت في ملكه وقت الوجوب حالة الوضع ولا حق للشريك فيها ولا في ولدها ، وان وضعت قبل التتوم فهل نلزمه قيمة نصفه ؟ على روايتين ذكرهما أبو بكر واختار انه نلزمه قيمته

(فصل) ولا فرق بين أن يكون له في الامة ملك كثير أو يسير ، وقد ذكر الخرق فيما إذا وطئ جارية من المغنم أنها تصير أم ولد إذا أحبلها ، وإن كان إنما له فيها سهم يسير من أكثر من ألف سهم :

ونظرنا في الورثة فإذا كذبوا الشاهدين الاولين في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا على الشاهدين بقيمة الاول لانهم افوتوا رقه بفيرحق وان كذبوها في رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء لانهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه .

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه ويصح تعليق العتق بالصفات كدخول الدار ومجيء الامطار لانه عتق بصفة فصيح كالندير وإذا علق عتقه على مجيء وقت كقوله أنت حر في رأس الحول لم يصدق حتى يجيء رأس الحول وله بيعه وهبته وأجارته ووطء الامة كالندير وبه قال الاوزاعي والشافعي وابن المنذر قل احمد إذا قال للامه أنت حر الى أن يقدم فلان ومجيء فلان الى رأس السنة والى رأس الشهر إنما يريد إذا جاء رأس السنة أو جاء رأس الهلال

وإذا قال أنت طالق إذا جاء الهلال إنما يريد إذا جاء رأس الهلال وقال اسحاق كما قال احمد وحكي عن مالك أنه قال إذا قال لعبد أنت حر في رأس الحول عتق في الحل والذي حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يوطأها لانه لا يملكها ملكاً تاماً ولا يبيعها ولا يبيعه وان مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال وقد روي عن احمد أنه لا يوطأها لان ملكه غير تام عليها والاول أصح لما روي عن أبي ذر أنه قال لعبد أنت عتيق إلى رأس الحول فلولاً ان العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه ولانه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها كما لو قال إذا أدبت إلى ألفا فانت حر واستحقاقه للعتق لا يمنع اباحة الوطء كالاستيلاء وأما المسكنة فإنما لم يبيع ووطأها لانها اشترت نفسها من سيدها بعوض وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسئلتنا ، ومعنى جاء الوقت وهو في ملكه

(مسئلة) قال (وان ملك سهما من يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وكان لشريكه عليه قيمة حقه منه، وان كان موسراً لم يعتق عليه الا مقدار ماله ملك، وان ملك بعضه بالميراث لم يعتق منه الا مقدار ماله ملك موسراً فان كان موسراً)

قد ذكرنا فيما تقدم أن من ملك ذا رحم محرم فهو حر لما روى سمرة أن النبي ﷺ قال «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»، رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وروى ضمرة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» وسئل أحمد عن ضمرة فقال ثقة إلا أنه روى حديثين ليس لهما أصل (أحدهما) هذا الحديث وروى عن ابراهيم عن الاسود عن عمر أنه قال «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» وقد ذكرنا هذا وما فيه من الخلاف فيما تقدم فأما ان ملك سهما من يعتق عليه مثل أن يملك سهما من ولده فإنه يعتق عليه ماله منه سواء ملكه بعوض أو بغير عوض كالمهبة والاعتناء والوصية وسواء ملكه باختياره كالذي ذكرناه أو بغير اختياره كالميراث لأن كل ما يعتق به الكل يعتق به البعض كالاتفاق بالقول ثم ينظر فان كان موسراً لم يسر العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي لأنه لو أعتقه بقوله لم يسر اعتاقه مع تصريحه بالعتق وقصده إياه فهنا أولى، وإن كان موسراً وكان الملك باختياره كالملك بغير

عتق بغير خلاف فعله فان خرج عن ملكه يبيع او ميراث لم يعتق.

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال النخعي وابن أبي ليلى إذا قال لعبده ان فلت كذا فانت حر فباعه يباع صحيحاً ثم فعل ذلك عتق وانتقض البيع قال ابن أبي ليلى إذا حلف بالطلاق لا قلت فلانا ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم كلف حنث وعامة أهل العلم على خلاف هذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم» ولأنه لا ملك له فلم يقع طلاقه وعتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم.

(فصل) وإذا قال لعبده إن لم أضربك عشرة اسواط فانت حر ولم ينو وقتاً بعينه لم يعتق حتى يموت وان باعه قبل ذلك صح بيعه ولم يفسخ في قول أكثر أهل العلم وقال مالك ليس له يبعه فان باعه ففسخ البيع.

ولنا أنه باعه قبل وجود الشرط فلم يفسخ كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر وباعه قبل دخولها (مسئلة) (وإذا علق عتق عبده بشرط كقوله ان أدبت إلي الغاء فانت حر أو ان دخلت الدار فانت حر فهي صفة لازمة إلزامها نفسه ولا يملك ابطالها بالقول قياساً على النذر) ولذلك ان اتفق السيد والعبد على ابطالها لم تبطل لذلك ولو أبرأ السيد من الالف لم يعتق بذلك ولم يبطل التعليل لأنه لاحق له في ذمته ببرئه منه

الميراث سرى إلى باقية فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقية لانه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وقال قوم لا يعتق عليه إلا مملك سواء ملكه بشراء أو غيره لان هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث وفارق ما عتقه لانه فله باختياره قاصداً اليه

ولنا انه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصداً اليه فسرى ولزمه الضمان كالم من أعتق نصيبه وفارق الميراث فانه حصل من غير قصده ولا فله ، ولان من باشر سبب السراية اختياراً لزمه ضمانها كمن جرح إنسانا فسرى جرحه ، ولان مباشرة لما يسرى وتسببه اليه في لزوم حكم السراية واحد يدلل استواء الحافر والدافع في ضمان الواقع فأما ان ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر في مملكته ورق الباقي سواء كان موسراً أو معسراً لانه لم يتسبب الي اعتاقه وإنما حصل بغير اختياره ، وبهذا قل مالك والشافعي وأبو يوسف وعن احمد ما يدل على انه يسرى الى نصيب شريكه اذا كان موسراً لانه عتق عليه بفضه وهو موسر فسرى الى باقية كما لو وصى له به فقبله والمذهب الاول لانه لم يعتقه ولا تسبب اليه فلم يضمن ولم يسر كلاجني وفارق ما تسبب اليه (فصل) وان ورث الصبي والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقية لانه اذا لم يسر في حق المكلف ففي حقها أولى وان وهب لها أو وصى لها به وهما معسران فملى وليهما قبوله

(فصل) ولا يعتق قبل وجود الصفة بكاملها فلو قال لعبد إذا أدت إلي الفأ فانت حر لم يعتق حتى يؤدي الالف جميعها ، وذكر القاضي ان من أصلنا ان العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها كما لو قال أنت حر ان أكلت رغيفاً فأكل نصفه ولا يصبح ذلك لوجوه

(أحدها) ان أداء الالف شرط العتق وشروط الاحكام يعتبر وجودها بكاملها لثبوت الاحكام وتنفي بانتفاء كسائر شروط الاحكام (الثاني) انه إذا علقه على وصف ذي عدد فعدد وصف في الشرط ومن علق الحكم على شرط ذي وصف لم يثبت ما لم توجد الصفة كقوله لعبد ان خرجت عارياً فانت حر فخرج لا بساً لم يعتق فكذلك المدد (الثالث) انه متى كان في اللفظ ما يدل على الكل لم يحنث بفعل البعض كما لو حلف لأصليت صلاة أو لا صمت صياماً لم يحنث حتى يفرغ مما سمي صلاة ويصوم يوماً ، ولو قال لامرأته ان حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة ، وذكر الالف ههنا يدل على انه أراد الفأ كاملة (الرابع) ان الاصل الذي ذكره فيما إذا قل ان أكلت رغيفاً فانت حر انه يعتق بأكل بعضه ممنوع وإنما إذا حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه يحنث في رواية في موضع يحتمل إرادة البعض ويتناوله اللفظ كمن حلف لا يصلي فشرع في الصلاة أو لا يصوم فشرع في الصيام أو لا يشرب فاشرب ماء هذا الاثناء فشرب بعضه ونحو هذا لان الشارع في الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء

لأنه تقع لما باعتاق قريبهما من غير ضرورة يلحق بهما وإن كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بهضه؟ وفيه وجهان (أحدهما) لا يقوم ولا يسري العتق اليه لأنه يدخل في ملكه بغير اختياره فأشبهه ما لو ورثه (والثاني) يقوم عليه، لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله فأشبهه الوكيل فعلى هذا الوجه ليس لولي قبوله لما فيه من الضرر وعلى الأول يلزمه قبوله لأنه يقع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته وإذا قلنا ليس له أن يقبله قبله احتمال أن لا يصح القبول لأنه فعل مالم يأذن الشرع فيه فأشبهه مالو باع ماله بنين، واحتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه، لأنه أزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حجه

(فصل) وإذا باع عبداً لذي رحمه وأجنبي صفقة واحدة عتق كله إذا كان ذو الرحم ممسراً وضمن لشريكه قيمة حقه منه وقيل القاضي لا يضمن لشريكه شيئاً، لأن ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه فصار كأنه أذن له في اعتق نصيبه

ولنا أنه عتق عليه نصيبه بملكه باختياره فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه ولا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه

(فصل) وإذا كانت أمة مزوجة ولها ابن موسر فأشراها هو وزوجها وهي حامل منه صفقة

الذي شرع فيه والتقدر الذي شربه من الاناء هو ماء الاناء وقرينة حاله تقتضي المنع من الكل فتقتضي الامتناع من الكل ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحش ذلك ولو حلف على فعل شيء لم يبر إلا بفعل الجميع وفي مسئلتنا تعليق الحرية على أداء الالف يقتضي وجود أدائها فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون أدائها كمن حلف ليؤدين ألفاً لا يبر حتى يؤديها

(الخامس) ان موضوع الشرط في الكتاب والسنة وأحكام الشريعة على أنه لا يثبت الشروط بدون شرطه كقول النبي ﷺ « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة » فلو قال بعضها لم يستحق إلا العقوبة وقوله « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » لا تكون له بشروعه في الأحياء، ولو قال في المسابقة من سبق إلى خمس أصابات فهو سابق لم يكن سابقاً إذا سبق إلى أربع ولو قال من رد ضالتي فله دينار لم يستحقه بالشروع في ردها فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل؟ وإنما الرواية التي جاءت عن أحمد في الإيمان فيمن حلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه: يبحث لأن الإيمان على الترك يقصدها المنع فنزلت منزلة النهي والنهي عن فعل شيء يقتضي المنع من بعضه بخلاف تعليق الشروط على الشرط (فصل) وما يكتسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيده لأنه لا يوجد عقدي: نعم كون كسبه لسيده إلا أنه إذا علق عتقه على أداء مال معلوم فما أخذه السيد حسبه من المال فإذا كل أداء المال عتق، وما فعل في يده لسيده لأنه كسب عبده، وإن كان المعلق عتقه أمة فوالت لم يتبها وإلها في أحد

واحدة عتق نصيب الابن من أمه وسرى إلى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معاً لانه ابن الزوج وأخو الابن ولا يجب لأحدهما على الآخر شيء منه لانه عتق عليهما في حال واحدة ، ولو كانت المسئلة بهما فوهبت لهما أو وصي لهما فقبلاها في حالة واحدة فكذلك وإن قبلها أحدهما قبل الآخر نظرنا فإن قبل الابن أو لا عتقت عليه الأم وحملها ، حصته من الأم بالملك وتبعها حصته من الحمل وسرى العتق إلى الباقي من الأم والولد وعليه قيمة باقيهما الزوج ، وإن قبل الزوج أو لا عتق عليه الحمل كله نصيبه بالملك وباقيه بالسراية وقوم عليه ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الأم كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منها الفضل على صاحبه ، ومن قال في الوصية ان الملك لا يثبت فيها بالموت والحكم فيه كالمو قبلاها دفعة واحدة

(فصل) وإذا كان لرجل نصف عبدین متساویین في القيمة لا يملك غيرهما فأعتق أحدهما في صحته عتق وسرى إلى نصيب شريكه لانه موصر بالنصف الذي له من العبد الآخر فإن أعتق النصف الآخر من العبد الآخر عتق لأن وجوب القيمة في ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لانه موصر . وإن أعتق الاول في مرض موته لم يسر لانه إنما ينفذ عتقه في ثلث ماله وثلث ماله هو الثلث من العبد الذي أعتق نصفه ، فإذا أعتق الثاني وقت على اجازة الورثة وإن أعتق الاول في صحته وأعتق الثاني في مرضه لم ينفذ عتق الثاني لأن عليه ديناً يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه إلا ان يجيز الورثة

(فصل) إذا شهد شاهدان على رجل انه أعتق شريكاً له في عبد فسرى إلى نصيب الشريك وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة غرما قيمة العبد جميعه

الوجهين لانها أمة قن فأشبهه ماله قال ان دخلت الدار فأنت حرة ولا تجب عليها قيمة نفسها لانه عتق من السيد فأشبهه ماله بأشبه العتق

(فصل) إذا علق عتقه بصفة ثم باعه ثم اشتراه ووجدت الصفة عتق وهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي فيها قولان (أحدهما) لا يعتق لأن ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه

ولنا انه على الصفة في ملكه وتحقق الشرط في ملكه فوجب أن يعتق كما لو لم يزل ملكه عنه ، وفارق ما إذا علقها في حال زوال ملكه لانه لو نجز العتق لم يقع . فإذا علقه كان أولى بعدم الوقوع بخلاف مسئلتنا

﴿ مسألة ﴾ (إلا أن تكون الصفة وجدت منه في حال زوال ملكه فهل تعود بموده ؟ على روايتين)

(إحداهما) لا تعود لانها انحلت بوجودها فلم تعد كن أو انحلت بوجودها في ملكه

(والثانية) تعود لانه لم توجد الصفة التي يعتق بها فأشبهه ماله عاد إلى ملكه قبل وجود الصفة ولان الملك مقدر في الصفة فكأنه قال إذا دخلت الدار وأنت في ملكي فأنت حر ولم يوجد ذلك وقد روي عن احمد في الطلاق انه يقع لان التعليق والشرط وجد في ملكه فأشبهه ماله ولم يتخللها دخول ومن نصر الرواية الاولى قال ان العتق معلق بشرط لا يقتضي التكرار فإذا وجد مرة انحلت العين وقد

وقال بعض أصحاب الشافعي تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه لانهما لم يشهدا الا بعتق
 لاصيه فلم تلزمهما غرامة ماسواه
 ولنا انهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه فلزمهما ضمانه كما لو فوتاه بفعلهما وكما لو شهدا
 عليه بجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما
 (فصل) وإن شهد شاهدان على ميت بعتق عبد في مرض موته وهو ثلث ماله فحكم حاكم بشهادتهما
 وعقن العبد ثم شهد آخران بعتق آخر هو ثلث ماله ثم رجعا الاولان عن الشهادة نظرنا في تاريخ
 شهادتهما فإن كانت سابقة ولم تكذب الورثة رجوعهما عتق الاول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرم شيئاً
 ويحتمل ان يلزمهما شراء الثاني واعتاقه لانهما منعه بشهادتهما المرجوع عنها، وإن صدقوا في
 رجوعهما وكذبوا في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا عليهم بقيمة الاول لانهما فوتا رقه عليهم بشهادتهم
 المرجوع عنها، وإن كان تاريخها متأخراً عن الشهادة الاخرى بطل عتق المحكوم له بعتقه لاننا تبينا ان
 الميت قد اعتق ثلث ماله قبل اعتاقه ولم يغرم اشاهدان شيئاً لانهما ما فوتا شيئاً وإن كانتا مطلقتين او
 احداهما او اتفق تاريخهما أقرع بينهما ذن خرجت على الثاني عتق وبطل عتق الاول ولا شيء على
 الشاهدين لان الاول باق على الرق، وإن خرجت قرعة الاول عتق ونظرنا في الورثة فإن كذبوا
 الشاهدين الاولين في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا على الشاهدين بقيمة الاول لانهما فوتا رقه بغير
 حق فإن كذبوا في رجوعهما لم يرجعوا عليهم بشيء، لانهم يقررون بعتق المحكوم بعتقه

وجد لدخول في ملك غيره فتمتعت باليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك ويفارق العتق الطلاق من حيث ان النكاح
 الثاني ينشئ على النكاح الاول بدليل أن طلاقاً في النكاح الاول يحسب عليه في النكاح الثاني وينقص به
 عدد طلاقه والملك باليمين بخلافه

﴿مسئلة﴾ (وتبطل الصفة بالمرت) لان ملكه يزول بموته فتبطل تصرفاته بزواله كالبيع
 ﴿مسئلة﴾ (وان قال ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي او انت حر بعد موتي بشهر
 فهل يصح ويمتق بذلك؟ على روايتين)

إذا قل ان دخلت الدار بعد موتي فانت حر لم تنعقد هذه لأنه عاق عتقه على صفة توجد بعد
 زوال ملكه فلم يصح كما لو قال ان دخلت الدار بعد بيعي إياك فانت حر ولأنه اعتاق له بعد قرار
 ملك غيره عليه فلم يمتق به كالمنجز (والثانية) يمتق ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه صرح
 بذلك فجعل عليه كما لو وصى باعتاقه وكما لو وصى ببيع سلمة ويتصدق بشئها ويفارق التصرف بعد
 البيع فإن الله تعالى جعل للانسان ان تصرف بعد موته في ثلثه بخلاف ما بعد البيع والاول أصح ان
 شاء الله تعالى ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلمة لان الملك لا يستقر للورثة فيه ولا يملك كون التصرف
 فيه بخلاف مسئلتنا وسند ذكر ذلك بأبسط من هذا في التدوير ان شاء الله تعالى وعنه يصح لانه اعتاق

﴿مسئلة﴾ قل (وإذا كان له ثلاثة أعبد فأعتقهم في مرض موته أو درهم أو دبر أحدهم وأوصى بعتق الآخرين ولم يخرج من ثمنه إلا واحد اتهم أقرع بينهم بسهم حرية وسهم ورق فن وقع له سهم الحرية عتق دون صاحبيه)

. وجلة ذلك ان العتق في مرض الموت والتدبير والوصية بالعتق يعتبر خروجاً من الثالث لان النبي ﷺ لم يخرج من عتق الذي أعتق ستة مكرين في مرضه إلا ثلثهم ، ولانه تبرع بمال أشبه الهبة فان أعتق أكثر من اثنان لم يخرج إلا اثنان . فان أعتق عبداً في مرضه ، واحداً بعد واحد بديء بالاول فالاول حتى يستوفي اثنان . وإن وقع العتق دفعة واحدة ولم يخرجوا من اثنان أقرع بينهم فأخرج اثنان بالقرعة . ومسئلة الخرق فيما إذا وقع العتق دفعة واحدة ولم يكن له مال سوام

وأما ان درهم استوى للقدم وانؤخر منهم لان التدبير عتق عاتق بشرط وهو الموت والشرط إذا وجد ثبت المشروط به في وقت واحد وكذلك الموصى بعتقه يستوي هو والتدبير لان الجميع عتق بعد الموت فعتق ثلثه أعبد متساويين في اقيمة هم جميع ماله دفعة واحدة أو درهم أو وصى بعتقهم أو دبر بعضهم ووصى بعتق باقيهم ولم يخرج الورثة أكثر من اثنان أقرع بينهم بسهم حرية وسهم ورق فن خرج له سهم الحرية عتق ورق صاحبه ، وبهذا قل عمر بن عبد العزيز وابن بن عثمان ومالك والشافعي وإسحاق وداود وابن جرير

بعد الموت فصح كما لو قال أنت حر بعد موتي ، وان قل أنت حر بعد موتي بشهر فقد روي عن احمد في رواية منها انه لا يعتق ولا تصح هذه النصفة ، وقل أيضاً سألت احمد عن رجل قال أنت حر بعد موتي بشهر بالف درهم فقال هذا كله لا يكون شيئاً بعد موته وهذا اختيار ابى بكر ، وذكر القاضي وابن ابي موسى رواية أخرى انه يعتق إذا وجدت المهمة بعد الموت ومنعت المدة المذكورة وهذا قول اشوري وابى يوسف واسحاق ووجهها ما تقدم وقال أصحاب الرأي لا يعتق حتى يعتقه الوارث وعلى قول من قل يعتق يكون قبل العتق ملكاً للوارث وكسبه له كالم الولد والمدبر في حياة السيد وان كان أمة فولدت قبل وجود المهمة فولدها يتبعها في التدبير ويعتق بوجود النصفة كما تعتق هي والله سبحانه أعلم

(فصل) إذا قل لسيد له مقيد هو حر ان حل قيده ثم قل هو حر ان لم يكن في قيده عشرة ارطال فشهد شاهدان عند الحاكم ان وزن قيده خمسة ارطال فحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة ارطال عتق العبد بحل قيده وتبيننا انه ما عتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به وهل يلزم الشاهدين ضمان قيمته ؟ فيه وجهان (أحدهما) يلزمهما لان شهادتهما الكاذبة سبب عتقه

وقال أبو حنيفة يمتق من كل واحد ثلثه ويستسقى في باقيه وروى نحو هذا عن سعيد بن المسيب وشرح الشعبي والنخعي وقتادة وحاد لانهم تساوا في سبب الاستحقاق فيساوون في الاستحقاق كما لو كان يملك ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل، وأنكر أصحاب أبي حنيفة القرعة وقالوا هي من التمار وحكم الجاهلية ولعلمهم يردون الخبر الوارد في هذه المسئلة لمخالفتها قياس الأصول. وذكر الحديث لحاد فقال هذا قول الشيخ - يعني ابليس - فقال له محمد بن ذكوان وضع القلم عن ثلاثة احدهم المجنون حتى يفيق - يعني انه مجنون - فقال له حاد مادعاك إلى هذا؟ قال محمد وأنت فما دعاك إلى هذا؟ وهذا قليل في جواب حاد وكان حريا أن يستتاب عن هذا فان تاب وإلا ضربت عنقه

ولنا ما روى عمران بن الحصين ان رجلا من الانصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لاملال له غيرهم فجزأهم رسول الله ﷺ ستة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة. وهذا نص في محل النزاع وحجنا لنا في الامرين المختلف فيهما وهما جمع الحرية واستعمال القرعة وهو حديث صحيح ثابت رواه مسلم وأبو داود وسائر أصحاب السنن. ورواه عن عمران بن الحصين الحسن وابن سيرين وأبو المأماب ثلاثة أثمة. ورواه الامام أحمد عن إسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الخذاء عن أبي قلابة عن أبي زيد الانصاري عن النبي ﷺ

واتلافه فضمننا كالثبابة المرجوع عنها ولان تثمة حكم بحكم الحاكم المبني على الشهادة الكاذبة فاشبه الحكم بالشهادة التي جبان عنها وهذا قول أبي حنيفة (والثاني) لا ضمان عليهم وهو قول أبي يوسف ومحمد لان عتقه لم يحصل بالحكم المبني على شهادتها وإنما حصل بحمل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لا يضمننا كما لو لم يحكم الحاكم

(فصل) وان قال لعبد أنت حر متى شئت لم يعتق حتى يشاء بالقول فتى شاء عتق سواء كان على الفور او التراخي وان قال أنت حر ان شئت فكذلك وبمحمل أن يقف على المجلس لان ذلك بمنزلة التأخير ولو قل لامرأته اختاري نفسك لم يكن لها الاختيار إلا على الفور فان تراخى ذلك بطل خيارها كذا تعليقه بالمشيئة وان قال أنت حر كيف شئت احتمل أن يمتق في الحال وهو قول أبي حنيفة لان كيف الاقتضي شرطا ولا وقتا ولا مكانا فلا تقتضي توقيف العتق انما هي صفة للحال فتقتضي وقوع الحرية على أي حال كان وبمحمل أن لا يمتق حتى يشاء وهو قول أبي يوسف ومحمد لان المشيئة تقتضي الخيار فتقتضي أن يعتق قبل اختياره كما لو قال أنت حر متى شئت لان كيف تعطي ماتعطي حتى وأي تخكهما حكمهما وقد ذكر أبو الخطاب في العلق أنه اذا قال لزوجته أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تعلق حتى تشاء فيجبي ههنا مثله

﴿مسئلة﴾ (وان قل ان دخلت الدار فنت حر بعد موتي فدخل في حياة السيد صار مدبرا)

قال أحمد أبو زيد الانصاري رجل من أصحاب النبي ﷺ، وروى نحوه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ. ولأنه حق في تفرقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمته لأجبار إذا طلبها أحد الشريكين ونظيره من القسمة ما لو كانت دار بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لإضرار في قسمتها فطلب أحدهما القسمة فإنه يحمل كل بيت سهمه ويترع بينهم بثلاثة أسهم لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان

وقولهم إن الخبر يخالف قياس الأصول يمنع ذلك بل هو موافق له لما ذكرناه وقياسهم فسد لأنه إذا كان ملكه ثلثهم وحده لم يمكن جمع نصيبه والوصية لا ضرر في تفرقها بخلاف مسئلتنا. وإن سلمنا مخالفتها قياس الأصول قول رسول الله ﷺ واجب الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه، لأنه قول المصوم الذي جعل الله تعالى قوله حجة على الخلق أجمعين وأمرنا باتباعه وطاعته وحذر العقاب في مخالفته أمره وجعل الفوز في طاعته والضلال في معصيته. وتطرق الخطأ إلى القائلين في قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى أصحاب رسول الله ﷺ والأئمة بعدهم في روايتهم على أنهم قد خافوا قياس الأصول بأحاديث ضعيفة فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضر وتقضوا الوضوء بالقهقهة في الصلاة دون خارجها. وقولهم في مسئلتنا في مخالفة القياس والأصول أشد وأعظم والضرر في مذهبيهم أعظم، وذلك لأن الإجماع منعقد على أن صاحب الثلث في الوصية وما في معناها

لأنه وجد شرط التدبير وهو دخول الدار وإن لم يدخل حتى مات بطلت الصفة لأنه يزول به الملك ولم يوجد التدبير لعدم شرطه وسند كره في التدبير إن شاء الله تعالى

(مسئلة) وإن قال إن ملكك فلا فهو حر أو كل مملوك أملكه فهو حر قول يصح؟ (على روايتين) (أحدهما) لا يصح ولا يعتق روي ذلك عن ابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وعروة والشافعي وابن المنذر ورواه الترمذي عن علي وجابر بن عبد الله وعلي بن الحسين وشرح وغير واحد من التابعين قال وهو قول أكثر أهل العلم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا تعتق فيما لا يملك ولا تطلق لابن آدم فيما لا يملك ». قال الترمذي وهو حديث حسن وهو أحسن ما روي في هذا الباب، وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال « لا تطلق فيما لا يملك ابن آدم وإن عينها » رواه المدارقطني، وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « لا تطلق قبل نكاح ». وروى عن النبي ﷺ أنه قال « لا تطلق قبل ملك » رواه أبو داود الطيالسي قال أحمد هذا عن النبي ﷺ وعدة من الصحابة ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً فكان إجماعاً وهذا ظاهر المذهب ولأنه لا يملك بتخيير العتق فلم يملك تملكه (والثانية) يعتق إذا ملكه لأنه أضاف العتق إلى حال يملك عتقه فيه فأشبه ما لو كان التعليق في ملكه، وروى أبو طالب عن أحمد أنه قال إن اشتريت هذا الغلام فهو حر فاشتره عتق

لا يحصل له شيء حتى يحصل للورثة مثله . وفي رواية ثالثة يعتقون الثالث ويستسلمون العبد في الثلثين فلا يحصل للورثة شيء في الحال أصلاً ويحولونهم على السعاية وربما لا يحصل منها شيء أصلاً ، وربما لا يحصل منها في الشهر إلا درهم أو درهمان فيكون هذا في حكم من لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لأنهم يجرونهم على الكسب والسعاية عن غير اختيار منهم وربما كان الجبر على ذلك جارية فيحملها ذلك على البناء أو عبداً فيسرق أو يقطع للطريق وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته إلى الظلم والاضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيده . وورثته ، وقد روي عن النبي ﷺ في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قال «لو شهدته لم يدفن في مقابر المسلمين» قال ابن عبد البر في قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة وأشار إلى ما ذكرناه ، وأما إنكارهم القرعة فقد جاءت في الكتاب والسنة والاجماع قال الله تعالى (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) وقال تعالى (فسام فكلن من المدحضين) . وأما السنة فقال أحمد : في القرعة خمس سنن أفرع بين نساءه وأقرع في ستة مملوكين وقال لرجلين « استهما » وقال « مثل القم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهما على سفينة » وقال « لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول لاستهما عليه » وفي حديث الزبير أن صفية جاءت بثوبين ليكفن فيها حمزة رضي الله عنه فوجدنا في جنبه فتيلاً قلنا حمزة ثوب وللانصاري ثوب فوجدنا

قال أبو بكر في كتاب الشافي لا يختلف قول أبي عبد الله أن المتاق يقع إلا ما روى محمد بن الحسن ابن هارون في المتق أنه لا يقع وما أراه إلا خطأ لأن كان قد حفظ فهو قول آخر ولأنه لو قل لأمته أول ولد تلدينه فهو حر فانه يصح كذلك هذا وهو قول الثوري وأصحاب الرأي ولأنه يصح تعليقه على الاخطار فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية والنذر واليمين وقال مالك أن خمس جنساً من الاجناس أو عبداً بعينه عتق إذا ملكه وإن قل كل عبد أملكه لم يصح والاول أصح إن شاء الله تعالى لأنه تعليق لعتق قبل الملك فأشبه ما لو قال لامة غيره: إن دخلت الدار فأنت حرة ثم ملكها ودخلت الدار ولما ذكرنا من الاحاديث

﴿ مسألة ﴾ (فان قل العبد ذلك ثم عتق وملك عتق في أحد الوجهين قياساً على الحر (والثاني) لا يعتق وهو الصحيح)

لأن العبد لا يصح العتق منه حين انتعاق لكونه لا يملك وإن ملك فهو ملك ضعيف غير مستقر لا يتمكن من التصرف فيه والسيد انتزاعه منه بخلاف الحر

(فصل) إذا قال الحر أول غلام أملكه فهو حر أنبى ذلك على العتق قبل الملك وفيه روايتان ذكرناهما فإن قلنا يصح عتق اول من يملكه لوجود الشرط فإن ملك اثنين معاً عتق احدهما بالقرعة في قياس قول احمد فانه قال في رواية منها اذا قال اول من يعلم من عبيدي فهو حر فطلع اثنان منهم او جميعهم فانه يقرع بينهم ويحتمل ان يعتق جميعا لان الاولية وجدت فيهما جميعاً فثبت الحرية

أحد الثوين أوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم كفنا كل واحد في الثوب الذي طار له ، وتشاح الناس يوم القادسية في الأذان فأقرع بينهم سعد وأجمع العلماء على استعمالها في القسمة ولا أعلم بينهم خلافا في أن الرجل يقرع بين نسائه إذا أراد السفر بإحدهن ، وإذا أراد البداية بالقسمة بينه وبين الأولياء إذا تساوا وتشاحوا فيمن يتولى التزويج أو من يتولى استيفاء التقصاص وأشباه هذا

(فصل في كيفية القرعة ، قال أحمد قال سعيد بن جبير يقرع بينهم بالخواتيم أقرع بين اثنين في ثوب فأخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قل يخرجون بالخواتيم ثم تدفع إلى رجل فيخرج منها واحداً قال أحمد بأي شيء خرجت مما يتقنان عليه وقع الحكم به سواء كان رقاعاً أو خواتيم قال أصحابنا المتأخرون الأولى أن يقطع رقاعاً صفاراً متساوية ثم تلقى في حجر رجل لم يحضر أو يغطي عليها بثوب ثم يقال له ادخل يدك فأخرج بندقة فينفضها ويغمها فيها وهذا قول الشافعي ، وفي كيفية القرعة والعق ست مسائل (أحدها) أن يعتق عدداً من العبيد لم تكتسب ككثلاثة أو ستة أو تسعة وقيمتهم متساوية ولا مال له غيرهم فيخرجون ثلاثة أجزاء جزءاً للحرية وجزءان للرق وتكتب ثلاث رقاع في واحدة حرية وفي اثنين رق ويترك في ثلاثة بنادق وتغطي بثوب ويقال لرجل لم يحضر أخرج على اسم هذا الجزء فإن خرجت قرعة الحرية عتق ورق الجزء إن الآخر إن خرجت قرعة رق ورق وأخرجت أخرى على جزء آخر فن خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث وإن خرجت

فيها كالأول قال في المسابقة من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتراكاً في العشرة ، وقال الذخيري يعتق أيهما شاء وقال أبو حنيفة لا يعتق واحد منهما لأنه لا أول فيهما لأن كل واحد منهما مساو للآخر ومن شرط الأولية سبق الأول

ولنا أن عذبن لم يسبقهما غيرهما فكانا أول كل واحد وليس من شرط الأول أن يأتي بعده ثان بدليل ما لو ملك واحداً ولم يملك بعده شيئاً ، وإذا وجدت الصفة فيهما فاما أن يعتق جميعاً أو يعتق أحدهما وتعييه القرعة على ما نذكره ، وكذلك الحكم فيما إذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فوالت اثنين خرجا معاً

❖ مسألة ❖ (وان قال آخر مملوك اشتريه فهو حر فملك عبيداً لم يعتق واحد منهم حتى يموت) لأنه ما دام حياً فإنه يحتمل أن يشتري عبداً يكون هو الآخر فإذا مات عتق آخرهم وتبيننا أنه كان حراً حين ملكه فتكون اكسابه له وإن كان أمة كان أولادها أحراراً من حين ولدتهم لأنهم أولاد حرة وإن كان وطئها فعليه مهرها لأنه وطئها جرة أجنبية ولا يحل له أن يطأها إذا اشتراها حتى يشتري بعدها غيرها لأنه ما لم يشتري بعدها غيرها فهي أخرى في الحلال وإنما يزول ذلك بشراء غيرها فوجب أن يحرم الوطء وإن اشترى اثنين دفعة واحدة ثم مات فالحكم في عتقهما كالحكم فيما إذا ملك اثنين في الفصل الذي قبله

قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث لان الحرية تعينت فيهم وإن شئت كتبت اسم كل اجزاء في رقعة ثم أخرجت رقعة على الحرية فإذا خرجت رقعة على الحرية عتق المسمون فيها ورق الباقيون ، وإن خرجت رقعة على الرق رق المسمون فيها ثم تخرج أخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث وإن أخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها دون الثالث

(المسئلة الثانية) أن تمكن قسمتهم أثلاثا وقيمهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كسنة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف وقيمة اثنين أثمان وقيمة اثنين ألف ألف فيجعل الاثنين الاوسطين جزءاً اثنين ويحصل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف جزءاً والاخران جزءاً فيكونون ثلاثة اجزاء متساوية في العدد والقيمة على ما قدمناه في المسئلة الاولى ، قيل لاحد لم يستووا في القيمة ؟ قال يقومون بالثمن .

(المسئلة الثالثة) يكونون متساوين في العدد مختلفين في القيمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفرداً كسنة أعبد قيمة أحدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة ثلاثة ألف ففهم يعدلون بالقيمة دون العدد نص عليه أحمد وقال اذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم لانه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل وفي قسمتهم بالعدد تكرار القرعة وتبويض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة اولى ، بيان ذلك اننا لو جعلنا

(فصل) إذا قال اول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين واشكل أولهما خروجاً اخرج بالقرعة كالتى قبلها فإن علم أولهما خروجاً عتق وحده وهو قول مالك والثوري وابي هاشم والشافعي وابن المنذر وقال الحسن والشمي وقتادة إذا ولدت ولدين في بطن ففما حران

ولما انه انما اعتق الاول والذي خرج سابقاً هو الاول من المولودين فاخص العتق به فهو كما لو ولدتهما في بطنين فإن ولدت الاول ميئاً والثاني حياً فذكر الشريف أنه يمتق الحي منهما وبه قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا يمتق واحد منهما وهو الصحيح قاله شيخنا لان شرط العتق انما وجد في الميت وليس محلاً للعتق فاحتلت الميمن به وانما قلنا ان شرط العتق وجد فيه لانه أول ولد بدليل أنه إذا قال لامته إذا ولدت فأنت حرة فولدت ولداً ميئاً عتقت ، ووجه الاول ان العتق يستحيل في الميت فعتقت الميمن بالحي كما لو قال ان ضربت فلاناً فببدي حر فضربه حياً عتق وان ضربه ميئاً لم يعتق ولانه معلوم من طريق الامادة أنه قصد عتد يمينه على ولديصح العتق فيه وهو أن يكون حياً فتصير الحياة مشروطة فيه فكأنه قال أول ولد تلدينه حياً

(فصل) فان قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته في قول جمهور العلماء منهم مالك والاوزاعي والليث والثوري والشافعي قال ابن المنذر لا أحفظ عن غيرهم خلافهم فان باع الامة ثم ولدت لم يعتق ولدها لانها ولدتهم بعد زوال ملكه

الذي قيمته ألف آخر فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا ان نعيد القرعة بينهما فاذا خرجت على
على القليل القيمة عتق واعتق من الذي قيمته ألف تمام الثلث

وان وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث عتقا ثم اعيدت لتكامل الثلث فاذا وقعت
على واحد كملت الحرية منه فحصل ما ذكرناه من التبيين والتكرار ولان قسمتهم بين المشتركين
فيهم اما ببدلون فيها بالقيمة دون الاجزاء فعلى هذا يجعل الذي قيمته ألف جزءاً والاثنين اللذين قيمتهما
ألف جزءاً والثلاثة الباقيين جزءاً ثم يقرع بينهم على ما ذكرنا

(المسئلة الرابعة) أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد كسبعة قيمة احدى الميراث وقيمة اثنين ألف وقيمة
اربعة ألف فيبدلون بالقيمة دون العدد كما ذكرنا

(المسئلة الخامسة) أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كسبعة ابدى قيمة اثنين ألف وقيمة اثنين سبعة
وقيمة اثنين خمسمائة فها هنا يجوزهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فيجعل كل اثنين جزءاً ويضم كل
واحد من قيمتهما قليلة الى واحد من قيمتهما كثيرة ويجعل المتوسلين جزءاً او يقرع بينهم فاذا وقعت
قرعة الحرية على جزء قيمته اكثر من الثلث اعيدت القرعة بينهما فيعتق من تقع له قرعة الحرية
ويعتق من الآخر ثلثة اثلث وزق باقيه والباقيون وان وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا
جميعاً ثم يكمل الثلث من الباقيين بالقرعة

﴿مسئلة﴾ (فان قال لامته آخر ولد تلدينه فهو حر فولدت حياً ثم ميتاً لم يعتق الاول)
لانه لم يوجد شرط عتقه وعلى قياس قول الشريف وابي حنيفة فيما اذا قال أول ولد تلدينه فهو
حر فولدت ميتاً ثم حياً يعتق الحي وان ولدت ميتاً ثم حياً عتق الثاني لوجود شرطه وان ولدت
توأمين فاشكل الاخر منهما فان أحدهما استحق العتق ولم يعتق بعينه فوجب اخراجه بالقرعة وسيأتي
ذلك ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (ولا يتبع ولد المعتقة بالصفة أمه في العتق في أصح الوجهين الا أن تكون حاملاً
به حال عتقها أو حال تعليق عتقها)

إذا علق عتق أمة بصفة وهي حامل بغيرها ولدها في ذلك لانه كمضو من أعضائها فان وضعت
قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق لانه تابع في الصفة فأشبه ما لو كان في البطن وان كانت
حائلاً حين التعليق ثم وجدت الصفة وهي حامل عتقت هي وحملها لان العتق وجد فيها وهي حامل بغيرها
ولدها كالنجز فان حلت بعد التعليق وقبل وجود الصفة ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد لان
الصفة لم تتعلق به في حال التعليق ، وفيه وجه آخر أنه يتبعها في العتق لا في الصفة فاذا لم توجد فيها
لم توجد فيه بخلاف ولد المدبرة فانه يتبعها في التدبير وإذا بطل فيها بقي فيه

(المسئلة السادسة) لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا القيمة كخمسة اعبد قيمة اعدم الف واثنان الف واثنان ثلاثة آلاف احتمال أن يجزئهم ثلاثة اجزاء فيجعل أحدهم أكثرهم قيمة جزءاً ويضم الى الثاني كثير القيمة اقل الباقيين قيمة ويجعلهما جزءاً والباقيين جزءاً ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق لان هذا أقرب الى ما فعله النبي ﷺ ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم واحتمل ان لا يجزئهم بل تخرج القرعة على واحد واحد حتى يتوفى الثلث فيكتب خمس رقايع باسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية فمن خرج اسمه فيها عتق ثم يخرج ثمانية فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث وان كانوا ثمانية قيمتهم سواء قضيهم ثلاثة أوجه (احدها) ان يكتب ثمانية رقايع باسمائهم ثم يخرج على الحرية رقعة بعد اخرى حتى يستوفى الثلث (والثاني) أن يجزئهم اربعة اجزاء ثم يقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ثم يقرع بين الستة بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرية اعيدت بينهما فمن خرج له سهم الحرية كل اثلث منه (والثالث) ان يجزئهم ثلاثة أجزاء ثلاثة وثلاثا واثنان ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فان خرج سهم الحرية للآخرين عتقا وكل اثلث بالقرعة من الباقيين وان خرجت الثلاثة قرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق ذكر هذين الوجهين الآخرين أبو الخطاب وروي عن أحمد خمسة أو أربعة يجعل أكثرهم قيمة مكن اثنين ان كانا قيمته واحد يقرع بين الثلاثة قيمتهم واحدة ثم يقرع بين الذي بقي والذي تهييه القرعة ينظر ما بقي من قيمته من اثلث فيعتق حصته فان كلن جميع ماله عبدين أقرعنا بينهما بسهم حرية وسهم رق على كل حل

(فصل) وان كان للمعتق مال غير العبد مثلاً قيمة العبيد أو أكثر عتق العبيد كلهم لخروجهم

﴿مسئلة﴾ وإذا قال لغيره أنت حر وعليك ألف أو على ألف عتق ولا شيء عليه وعنه ان لم يقبل لم يعتق (إذا قال لغيره أنت حر وعليك ألف عتق ولا شيء عليه لانه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فعتق ولم يلزمه الا الف هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا ونقل جعفر بن محمد قال سمعت ابا عبد الله قيل له إذا قال أنت حر وعليك ألف درهم فقل جيد قيل له فان لم يرض العبد قل لا يعتق إنما قل له على ان يؤدي اليه المأف فان لم يؤدي فلا شيء فان قل أنت حر على ألف فكذلك في احدى الروايتين لان على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فاشبه قوله وعليك ألف واثنان ان قبل المعتق عتق ولزمته الا الف وإن لم يقبل لم يعتق وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وهذه الرواية هي الصحيحة لانه أعتقه بموضع فلم يعتق بدون قبوله كما لو قال أنت حر بألف ولان على تستعمل للشرط والموضع قال الله تعالى (قل له موسى هل اتبعك على أن تعلن مما علمت رشداً) وقال (فهل نجعل لك خراجاً على ان تجعل بيننا وبينهم سداً) وقال (أني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) ولو قل في النكاح زوجتك فلانة ابنتي على خمسمائة درهم وقال الآخر قبلت صح انكاح ووجب الصداق

من اثلث وان كان أقل من مثليهم عتق من العبد قدر ثلث المال كله فاذا كان العبد كاهم نصف المال عتق ثلثاهم وان كانا ثلثي المال عتق نصفهم وان كانوا ثلاثة اربعة عتق اربعة اقسامهم وطريقه ان تضرب قيمة العبد في ثلاثة ثم تنسب اليه مبلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبد مثلها فاذا كان قيمة العبد ألفا وباقي التركة ألف ضربت قيمة العبد في ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب اليها الألفين تكن ثلثها فيعتق ثلثاهم وان كان قيمة العبد ثلاثة آلاف وباقي التركة ألف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن تسعة آلاف وتنسب اليها التركة كلها تكن أربعة اقسامها وان كان قيمتهم أربعة آلاف وباقي التركة ألف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن اثني عشر ألفا ونسبت اليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق من العبد ربعهم وسدسهم

(فصل) وان كان على الميث دين يحيط بالتركة لم يعتق منهم شيء وان كان يحيط ببعضها قدم الدين لان العتق وصية وقد قضى رسول الله ﷺ أن الدين قبل الوصية ولان قضاء الدين واجب وهذا تبرع وتقديم الواجب متمين وان كان الدين بقدر نصف العبد جعلوا جزأين وكتبوا رقعتان رقعة للدين ورقعة للتركة وتخرج واحدة منهما على احد الجزئين فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه وكان الباقي من جميع التركة يتق ثلثهم بالتركة على ما تقدم وان كان الدين بقدر ثلثهم كتبت ثلاث رقعات رقعة للدين واثنان للتركة وان كان بقدر ربعهم كتب اربع رقعات رقعة للدين وثلاثة للتركة ثم يقرع بين من خرجت له رقعة التركة وان كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقعتان للتركة تجاز وقيل لا يجوز لثلاث تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين والاول أصح لانه انما يمنع من العتق قبل قضاء الدين إذا لم يكن له وفاء فاما اذا كان له وفاء لم يمنع منه بدليل ما لو كان للعتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين فانه لا يمنع من العتق قبل وفائه

﴿ مسألة ﴾ (وان قال على ان تخدمني سنة فكذلك)

وقيل ان لم يقبل لم يستق رواية واحدة فلي هذا اذا قبل العبد عتق في الحال ولزمته خدمته سنة وان مات السيد قبل كل السنة رجع على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقي من قيمته

ولنا ان العتق عقد لا يلحقه الفسخ فاذا تذر فيه استيفاء الموض رجع الى قيمته كالتلغ في النكاح والصاح في دم العبد فاذا قل أنت حر على ان تعطيني ألفا فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل فاذا قبل عتق ولزمه الألف فاما ان قال أنت حر بالف لم يعتق حتى يقبل ويلزمه الألف

(فصل) قال رضي الله عنه وإذا قال كل مملوك لي حر عتق عليه مكاتبوه ومدبروه وأمهات أولاده وشقص عا بكه

لان اللفظ عام فيهم فعتقوا كما لو عينهم وذكر ابن أبي موسى في الارشاد ان الشقص لا يستق الا ان ينوبه لانه لا يملكه كله والاول المذهب

(فصل) وإذا أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم أو واحداً منهم غير معين فمات أحدهم أقرعنا بين الميت والاحياء فان وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الاعتاق سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك ان مات قبل موت سيده أقرعنا بين الحيين لانها جميع التركة ولهذا لا يعتق إلا ثلثها ولا يعتبر الميت لانه ليس بمحسوب من التركة ولانه لو أعتق الحيين بعد موته لأعتقنا ثلثها .

ولنا ان الميت أحد المعتقين فوجب أن يقرع بينه وبينهم كما لو مات بعد سيده ولان المقصود تكيل الاحكام وحصول ثواب العتق ويحصل هذا في الميت فوجب ان يدخل في القرعة كما لو مات بعد سيده فاما ان وقعت القرعة على الحي نظرنا في الحي فان كان الميت مات قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث لم نحسبه من التركة لانه لم يصل الى الوارث فتكون التركة الحيين فيخرج ثلثها ممن وقعت عليه القرعة وتعتبر قيمته حين الاعتاق لانه حين اتلافه وتعتبر قيمة التركة بأقل الامرين من حين اللوث إلى حين قبض الوارث لان الزيادة فائدة تجددت على ملك الوارث فلا تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض لم يحصل له ولم يفتع به فأشبه الشارد والآبق وإنما يحسب عليه ما حصل في يده ولا يحسب الميت من التركة لانه ما وصل إلى الورثة فيكمل ثلث الحيين ممن وقعت عليه القرعة وان كان موته بعد قبض الورثة حسب من التركة لانه وصل اليهم وجعلناه كالحي في تقويمه معهم والحكم باعتاقه ان وقعت عليه القرعة أو من الثلثين ان وقعت القرعة على غيره ومحسب قيمته أقل الامرين من حين موت سيده إلى حين قبضه ونحو هذا قال الشافعي .

(فصل) وان دبر الثلاثة أو وصى بعتقهم فمات أحدهم في حياته بطل تدبيره والوصية فيه وأقرع بين الحيين فأعتق من احدهما ثلثها ، لان الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذي يعتق فيه وقبل أن يتحقق شرط العتق بخلاف التي قبها فان العتق حصل من حين الاعتاق وإنما القرعة تبينه وتكشفه ولهذا يحكم بعتقه من حين الاعتاق حتى يكون كسبه له وحكمه حكم الانحرار في سائر أحواله وان مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الاحياء لانه قد حصل لعتق من حين موت السيد .

مسئلة (وان قال أحد عبدي حر أقرع بينهما فن وقعت له القرعة فهو حر من حين اعتقه) إذا قال أحد عبدي حر ولم ينو واحداً بعينه عتق أحدهم بالقرعة وليس للسيد التعيين ولا للوارث بعده ، فان قال اردت هذا بعينه قبل منه وعتق لان ذلك انما يعرف من جهته وقال أبو حنيفة والشافعي للمعتق التعيين ويطلب بذلك فيعتق من عينه وان لم يكن نواه حالة القول وإذا عتق بتعيينه فليس لسائر العبيد الاعتراض عليه لان له تعيين العتق ابتداء فاذا أوقمه غير معين كان له تعيينه كالطلاق ولنا ان مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه ووجب ان يميز بالقرعة كما لو اعتق الجميع في مرضه ولم يفرجوا من الثلث وكما لو اعتق معيناً ثم نسيه والطلاق كمستثناة فان مات المعتق ولم يعين

(مسئلة) قال (ولو قال لهم في مرض موته أحدكم حر أو كلكم حر ومات فكذلك)

أما إذا قال لهم كلكم حر فهي المسئلة التي تقدمت وشرحناها وأما إذا قال أحدكم حر فانه يقرع بينهم فيخرج احدهم بالقرعة فيعتق ويرق الباقيون وسواء كان للميت مال سواء لم يكن إذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ولو كان للميت حياً ولم ينو واحداً بعينه لم يكن له التمين وأعتق احدهم بالقرعة وان قال أردت واحداً منهم بعينه قبل منه وتميت الحرية فيه، وقال ابو حنيفة والشافعي له تمين احدهم فيعتق من عينه وان لم يكن نواه حالة القول وبطالب العتق بالتمين فاذا عين احدهم تمين حسب اختياره ولم يكن لسائر العبيد الاعتراض عليه لان له تمين العتق ابتداء فاذا أوقفه غير معين كان له تمينه كالطلاق.

ولنا ان مستحق العتق غير معين فلم يملك تمينه كما لو اعتق الجميع في مرضه ولم يخرجوا من الثلث وكما لو أعتق معيناً ثم نسيه والطلاق كمسائلتنا فأما ان مات الممتق ولم يعين فالحكم عندنا لا يختلف وليس للورثة التمين بل يخرج الممتق بالقرعة وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا لا ندرى أيهم أعتق، وقال ابو حنيفة لهم التمين لانهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام في العتق.

(فصل) ولو أعتق إحدى امانته ثم وطئ احداً لم يبين الرق فيها وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي يمين الرق فيها لان الحرية عنده تمين بتمينه ووطؤه دليل على تمينه وقد سبق الكلام على هذا الاصل ولان المنة واحدة فلم تتعين بالوطء كما لو أعتق واحدة ثم نسيها (فصل) وإذا أعتق واحداً بعينه ونسيه قبض قول احدهم أن يعتق احدهم بالقرعة وهذا قول الليث، وقال الشافعي يقف الامر حتى يذكر فان مات قبل أن يبين أقرع الورثة بينهم، وقال ابن وهب يمتنون كلهم

وقال مالك إن أعتق عبداً له ومات ولم يبين فكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم وإن كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فان خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى تكمل

فالحكم عندنا لا يختلف وليس للورثة التمين بل يخرج الممتق بالقرعة وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا لا ندرى أيهم أعتق وقال ابو حنيفة لهم التمين لانهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام في الممتق وقوله من حين اعتقه يريد ان العبد ان كان اكتسب مالا بعد العتق فهو له دون سيده لاننا بيننا أنه اكتسبه في حال الحرية

(فصل) ولو أعتق إحدى امانته غير معينة ثم وطئ احداً لم يمين الرق فيها وبه قال ابو حنيفة

وقال أصحاب الرأي إن قال الشهود نشهد أن فلاناً أعتق أحد عبده ولم يسم عتق ثلث كل واحد منهم وصي في باقيه أو ربع كل واحد منهم إن كانوا أربعة ، وإن قالوا نشهد أن فلاناً أعتق بعض عبده ونسبته فشهادتهم باطلة ونحو هذا قول الشعبي والاوزاعي ولم يذكر ما ذكره أصحاب الرأي في الشهادة

ولنا أن مستحق العتق غير معين فاشبهه مال أعتق جميعهم في مرض موته فإن أقرع بينهم خرجت القرعة لواحد ثم قال المعتق ذكرت أن المعتق غيره ففيه وجهان (أحدهما) رد الأول إلى الرق ويعتق الذي عينه لأنه تبين له المعتق فعتق دون غيره كما لو لم يقرع (والثاني) يفتقن معاً وهو قول الليث ومقتضى قول ابن حامد لأن الأول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الأحرار ، ولأن قول المعتق ذكرت من كنت نسبه يتضمن إقراراً عليه بحرية من ذكره وإقراراً على غيره فقبل إقراره على نفسه ولم يقبل على غيره ، وأما إذا لم يقرع فإنه يقبل قوله فيعتق من عينه ويرق غيره فإذا قال أعتقت هذا عتق ورق الباقون وإن قال أعتقت هذا لأجل هذا عتقاً جميعاً لأنه أقر بعتق الأول فلزمه ثم أقر بعتق الثاني فلزمه ولم يقبل رجوعه عن إقراره الأول فكذلك الحكم في إقرار الوارث

«مسئلة» قال (وإذا ملك نصف عبد فديره أو أعتقه في مرض موته فعتق بموته وكان ثلث ماله يفي بقيمة النصف الذي لشريكه أعطى وكان كله حراً في إحدى الروايتين والأخرى لا يعتق إلا حصته وإن حمل ثلث ماله قيمة حصته شريكه)

وجملته أنه إذا ملك شقصاً من عبد فأعتقه في مرض موته أو دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يفت ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق إلا نصيبه بلا خلاف نمله بين أهل العلم إلا قولاً شاذاً أو قول من يرى السعاية وذلك أنه ليس له من ماله إلا الثلث الذي استغرقته قيمة الشقص فيبقى معسراً بمنزلة من أعتق في صحته شقصاً وهو معسر ، فأما أن كان ثلث ماله يفي بقيمة حصته شريكه ففيه روايتان.

وقال الشافعي ينعين الرق فيها لأن الحرية عنده تمنين بتعيينه ووطؤه دليل على تعيينه وقد سبق الكلام معه

«مسئلة» (وإن مات أحد المبددين أقرع بينه وبين الحي فإن وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الاعتاق سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة) وبهذا قال الشافعي وقال مالك إن مات قبل موت سيده فالحي جميع التركة ولا يعتق إلا ثلثه ولا يعتبر الميت لأنه ليس بمحسوب من التركة ولهذا لو أعتق الحي بعد موته لاعتقنا ثلثه

(احداهما) يسري إلى نصيب الشريك فيعتق العبد جميعه ويعطى الشريك قيمه نصيبه من ثلثه لان ثلث المثلث المثلث في ملكه تام وله التصرف فيه بالتبرع والاعتاق وغيره فخرى بخرى مال الصحيح فيسري عنه كسراية عتق الصحيح للموسر (والرواية الثانية) لا يعتق الا حصته لانه بموته يزول ملكه الى ورثته فلا يبقى شيء يقضى منه الشريك وهذا قال الاوزاعي لان الميت لا يضار وقال القاضي ما عتقه في مرض موته سري وما دبره أو وصى بعنه لم يسر وقال الرواية في سراية العتق حال الحياة أصح والرواية في وقوفه في التدبير أصح وهذا مذهب الشافعي لان العتق في الحياة ينفذ في حال ملك العتق وصحة تصرفه وتصرفه في ثلثه كتصرف الصحيح في جميع ماله وأما التدبير والوصية فانما يحصل العتق به في حال يزول ملك العتق وتصرفاته والله أعلم

(مسألة) قال (وكذلك الحكم اذا دبر بمضيه وهو مالك لملكه)

وجعلته أمه اذا دبر بمض عبده وهو ان يقول اذا مات فنصف عبدي حر ثم مات فلان كان النصف المذبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر لانه لو دبره كله لم يعتق منه الا ثلثه فذا لم يدبر الا ثلثه كان أولى وإن كان العبد كله يخرج من الثلث ففي تكميل الحرية روايتان (احداهما) تكمل وهو قول أكثر الفقهاء لان أبا حنيفة وأصحابه يرون التدبير كالاتفاق في السراية وهو أحد قولي الشافعي لانه اعتاق لبعض عبده فعتق جميعه كما لو أعتقه في حياته (والرواية الثانية) لا يكمل العتق فيه لانه لا يمنع جواز البيع فلا يسري كتمليقه بالصفة

(فصل) فأما ان أعتق بعض عبده في مرضه فهو كعتق جميعه ان خرج من الثلث عتق جميعه والا عتق منه بقدر الثلث لان الاعتاق في المرض كالاتفاق في الصحة الا في اعتباره من الثلث وتصرف المريض في ثلثه في حق الاجنبي كتصرف الصحيح في جميع ماله كما لو أعتق شركا له في عبده وثلثه يحتل جميعه وعنه لا يعتق منه الا ما عتق

(فصل) واذا دبر أحد الشريكين حصته صح ولم يلزمه في الحال لشريكه شيء وهذا قول

ولنا ان الميت أحد المعتقين فوجب ان يقرع بينه وبين الحي كما لو مات بعد سيده ولان المقصود من العتق تحصيل ثوابه وهو يحصل في حق الميت فيدخل في القرعة كالذي مات بعد سيده فعلى هذا ان خرجت القرعة على الميت حبسناه من التركة وقومناه حين الاعتاق لانه حين الاتفاق وإن وقعت على الحي نظرت في الميت فان كان موته قبل موت سيده أو بعده قبل قبض الوارث له لم نحسبه من التركة لانه لم يصل الى الوارث فتكون التركة للحي وحده فيعتق ثلثه وتعتبر قيمته حين الاعتاق لانه حين اتلافه وتعتبر قيمة التركة باقل الاسمين من حين الموت الى حين قبض

الشافعي فإذا مات عتق الجزء الذي دبره إذا خرج من ثلث ماله وفي سرايته إلى نصيب الشريك ما ذكرنا في المسئلة وقبلها وقال مالك إذا دبر نصيبه تقاوماه فإن صار للمدبر صار مدبراً كله وإن صار للآخر صار رقيقاً كله

وقال الليث يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبراً فإن لم يكن له مال سعى العبد في قيمة نصيب الشريك فإذا أداها صار مدبراً كله ، وقال أبو يوسف ومحمد يضمن المدبر للشريك قيمة حقه موسراً كان أو معسراً ويصير المدبر له

وقال أبو حنيفة الشريك بالخيار إن شاء دبر وإن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن صاحبه أن كان موسراً . ولنا أنه تعليق للعتق على صفة فصح في نصيبه كما لو علقه بموت شريكه

﴿مسئلة﴾ قال (ولو أعتقهم وثله بمحتملهم فاعتقناهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم بتمام في دينه)

وجملته أن المريض إذا أعتق عبيده في المرض أو دبرهم أو وصى بعتقهم ومات ثم ظهر عليه دين وهم يخرجون من ثلثه في الظاهر فاعتقناهم ثم ظهر عليه دين يستغرق التركة تبيناً بطلان عتقهم وبقاء رقبهم فيباعون في الدين ويكون عتقهم وصية والدين مقدم على الوصية ولهذا قال علي رضي الله عنه إن رسول الله ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية ولأن الدين مقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة في قضاء الدين وقد قال الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) والميراث مقدم على الوصية في الثلثين فما تقدم على الميراث يجب أن يقدم على الوصية وهذا قال الشافعي ورد ابن أبي ليلى عبداً أعتقه سيده عند الموت وعليه دين قال أحمد أحسن بن أبي ليلى

وذكر أبو الخطاب عن أحمد رواية في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقي . وقال قتادة وأبو حنيفة وإسحاق يسمى العبد في قيمة

ولنا أنه تبرع في مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث فقدم عليه الدين كالمهبة ، ولأنه يعتبر من الثلث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاءه ، فلي هذا تبين أنه أعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره ، فإن قال الورثة نحن نقضي الدين ونعفي المتق ففيه وجهان

الوارث لأن الزيادة تجددت على ملك الوارث فلم تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض فلم يحصل له فاشه الشارد والابق وإنما يحسب عليه ما حصل في يديه ولا يحسب الميت من التركة لأنه وصل إليهم وجملناه كالحالي في تقويمه معه والحكم باعتقائه أن وقعت القرعة عليه أو من الثلثين أن وقعت القرعة على غيره ونحسب قيمته أقل الأمرين من حين موت سيده إلى حين قبضه

(أحدهما) لا ينفذ حتى يبتدئوا العتق لان الدين كان مانعاً منه فيكون باطلا ولا يصح بزوال المانع بعده (والثاني) ينفذ العتق لان المانع منه انما هو الدين فاذا سقط وجب نفوذه كما لو اسقط الورثة حقوقهم من ثلثي البركة نفذ العتق في الجميع . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين . وقالوا ان أصل الوجهين إذا تصرف الورثة في البركة ببيع أو غيره وعلى المبتدين وقضي الدين هل ينفذ فيه وجهان (فصل) فان أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فأقرع الورثة فأعتقوا واحداً وأرقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان (أحدهما) تبطل القرعة لان الدين شريك في الاقراع فاذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث (الثاني) يصح الاقراع لانه لا يمكن امضاء القسمة وإفراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين لان القرعة دخلت لاجل العتق دون الدين فيقال للورثة اقضوا ثلثي الدين وهو بقدر قيمة نصف العبدین اللذين بقيا إما من العبد وإما من غيرهم ، ويجب رد نصف العبد الذي عتق فاذا كان الذي أعتق عبدين أقرعنا بينهما فاذا خرجت القرعة على أحدهما فكان بقدر سدس التركة عتق وبيع الآخر في الدين وان كان أكثر عتق منه بقدر السدس وإن كان اقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس **(مسئلة)** قال (ولو أعتقهم وهم ثلاثة فأعتقنا منهم واحداً لمجزئته عن أكثر منه ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم)

(فصل) فان دبر ثلاثة أعبد او وصى بمقتهم فأت أحدهم في حياته بطل تديره والوصية فيه واقرع بين الحيين واعتق من أحدهما ثلثهما لان الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذي يمتق فيه ، وقبل تحقق شرط العتق بخلاف التي قبلها فان العتق حصل من حين الاعتاق وانما القرعة تبينه وتكشفه ولهذا يحكم بمقتة من حين الاعتاق ويكون كسبه له وحكمه حكم الاحرار في سائر أحواله ، وإن مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الاحياء لان العتق حصل من حين موت السيد.

(مسئلة) (وإن أعتق عبداً او نسيه أخرج بالقرعة)

هذا قياس قول احمد وهو قول الليث ، وقال الشافعي يقف الامر حتى يذكر فان مات قبل أن يبين أقرع الورثة بينهم ، وقال ابن وهب يمتقون كلهم ، وقال مالك ان أعتق عبداً لهومات ولم يبين وكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم وان كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فان خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى يكمل وقال اصحاب الرأي ان قال الشهود نشهد ان فلانا أعتق بعض عبيده ونسيناه فشهادتهم باطلة ونحو هذا قول الشعبي والاوزاعي ولم يذكروا ما ذكره اصحاب الرأي في الشهادة

وجعلته انه إذا اعتق ثلاثة في مرضه لم يعرف له مال غيرهم أو درهم أو وصى بعتقهم لم يعتق منهم إلا ثلثهم ويرق الثلثان إذا لم يميز الورثة عتقهم فإذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر مثلهم تبينا أنهم قد عتقوا من حين أعتقهم أو من حين موته إن كان درهم لأن التدبير وتصرف المريض في ثلث ماله جائز نافذ وقد بان أنهم ثلث ماله، وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه موجوداً فلا يمنع كون العتق واقعاً. فعلى هذا يكون حكمهم حكم الأحرار من حين اعتقهم فيكون كسبهم لهم، وإن كانوا قد تصرف فيهم ببيع أو هبة أو رهن أو تزويج بغير إذن كان ذلك باطلاً، وإن كانوا قد تصرفوا بغيرهم تصرفهم حكم تصرف الأحرار فلو تزوج عبد منهم بغير إذن سيده كان نكاحه صحيحاً والمهر عليه واجب وإن ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثهم لأنهما ثلث جميع المال فيقرع بين الاثنين للذين أوقفناهما فيعتق أحدهما ويرق الآخر إن كانا متساويين في القيمة، وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أتباعهم، وكذا ظهر له مال عتق من المبدئين الذين رقا بقدر ثلثه

(فصل) وإذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه وجب على الوصي إعتاقه فإن أوصى بذلك ورثته لزمهم إعتاقه فإن امتنعوا أجبرهم السلطان فإن أصروا على الامتناع اعتقه السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم لأن هذا حق لله تعالى وللعبد ومن وجب عليه ذلك نائب السلطان عنه أو نائبه كالكاتب والديون إذا أعتقه الوارث أو السلطان عتق وما اكتسبه في حياة الموصي فهو للموصي يكون

ولنا أن مستحق العتق غير معين فأشبهه مالو أعتق جميعهم في مرض موته

﴿مسألة﴾ (فإن علم بعد أن المعتق غيره عتق ومل يبدل عتق الأول؟ على وجهين)

(أحدهما) يبطل ويرد إلى الرق ويعتق الذي عينه لأنه تبين له المعتق فيعتق دون غيره كالو لم يقرع (والثاني) يمتنان معاً قاله الليث ومقتضى قول ابن حامد لأن الأول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا نزول كسائر الأحرار، ولأن قول المعتق ذكرت من كنت نسبه يتضمن إقراره بجزية من ذكره وإقراره على غيره قبل إقراره على نفسه دون غيره. أما إذا لم يقرع فإنه يقبل قوله فيعتق من عينه ويرق غيره فإذا قال اعتقت هذا عتق ورق الباقيون، وإن قال أعتقت هذا لأبل هذا عتقاً جميعاً لأنه أقر بعتق الأول فلزمه ثم أقر بعتق الثاني فلزمه ولم يقبل رجوعه عن إقراره الأول وكذلك الحكم في إقرار الوارث

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وإن أعتق في مرض موته ولم يميز الورثة اعتبر من ثلثه) إذا اعتق في مرض الموت الخوف اعتبر من الثلث إذا لم يميز الورثة وكذلك التدبير والوصية بالعتق لأنه تبرع بماله أشبه الهبة ولأن النبي ﷺ لم يميز من عتق الذي أعتق ستة مملوكين في مرضه إلا ثلثهم وما زاد على الثلث إن أجازوه فإن ردوه بطل لأن الحق لم يجاز بأجازتهم وبطل بردهم

من جملة أركته إن بقي عبده لأنه كسب عبده اتقن وما كسبه بعد موته وقبل إعتاقه فهو للوارث وقال القاضي هو للعبد لأنه كسبه بعد استقرار سبب العتق فيه فكان له ككسب المكاتب. وقال بعض أصحاب الشافعي فيه قولان مبنيان على القواين في كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية

ولنا أنه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعتق عتقه بصفة. وفارق المكاتب فإنه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده. ويطلق ما ذكره بأمر الولد فإن عتقها قد استقر سببه في حياة سيدها وكسبها له. والموصى به لا نسله وإن سلناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب ذلك وإنما وقف على شرط هو اتقنول إذا وجد الشرط استند الحكم إلى ابتداء السبب وفي الوصية بالعتق ما وجد السبب وإنما أوصى بإيجاده وهو العتق فإذا وجد لم يجوز أن يثبت حكمه سابقاً عليه ولهذا يملك الموصى له أن يقبل بنفسه وههنا لا يملك العبد أن يعتق نفسه. وإن مات العبد بعد تمام موت سيده وقبل إعتاقه فما كسبه الورثة على قوائنا ولا أدلم قول من خلفنا فيه

(فصل) فإن علق عتق عبده على شرط في صحته فوجد في مرضه ادبر خروجه من اثاث قاله أبو بكر قل وقد نص أحمد على مثل هذا في الطلاق. وقال أبو الخطاب فيه وجب آخر أنه يعتق من رأس المال وهو مذهب الشافعي لا نالايتهم فيه فأشبهه العتق في صحته

﴿مسئلة﴾ (وان أعتق جزءاً من عبده ادبره وهو ان يقول اذا مت فنصف عبدي حر ثم مات فان كان النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يدبر)

لأنه لو دبره كله لم يعتق منه الا ثلثه فإذا لم يدبر الا ثلثه كان اولاً، وان كان العبد كله يخرج من الثلث في تكميل الحرية روايتان (إحداهما) تكمل وهو قول أكثر الفقهاء منهم أبو حنيفة وأصحابه لأنهم يرون التدبير كالعتق في السراية وهو أحد قولي الشافعي لأنه اعتق البعض عبده فعتق جميعه كما لو أعتق في حياته

(والثانية) لا يكمل العتق فيه لأنه لا يمنع جواز البيع فلم يسر كتمليقه بالنصف في الحياة فاما ان اعتق بعض عبده في مرضه فهو كعتق جميعه ان خرج من اثاث عتق جميعه والا عتق منه بقدر الثلث لان الاعتاق في المرض كالاعتاق في الصحة الا في اعتباره من اثاث، وتصرف المريض في ثلثه في حق الاجنبي كتصرف الصحيح في جميع ماله وعنه لا يعتق منه الا ما أعتق كما لو أعتق شركاً له في عبد وثانته يحتمل جميعه

(فصل) واذا دبر أحد الشريكين نصيبه صح ولم يلزمه لشريكه في الحال شيء وهذا قول الشافعي فإذا مات عتق الجزء المدبر اذا خرج من ثلثه وفي سرايته الى نصيب الشريك ما ذكرنا في المسئلة قبلها وقال مالك اذا دبر نصيبه تقاوماه فن صار للمدبر صار مدبراً كله وان صار للآخر صار

ولنا انه عتق في حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله فاعتبر من الثلث كالمعتز . وقولهم لا يتهم فيه قلنا . وكذلك العتق الاجز لا يتهم فيه فان الانسان لا يتهم بمجاوبة غيره الوارث وتقديمه على وارثه وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة وهذا حاصل هنا . ولو قل إذا قدم زيد وأنا مريض فأنت حر فقدم وهو مريض كان تبرأ من الثلث وجهاً واحداً

(فصل) وإذا اعتق عبداً وله مال فماله لسيده روي هذا عن ابن مسعود وابي ايوب وانس ابن مالك وبه قال قتادة والحكم والثوري والشافعي وسحاب الرأي وروي ذلك عن حماد والبي ودانود بن ابي هند وحديد وقال الحسن وعطاء والشعبي والخصي ومالك واهل المدينة يتبعه ماله لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه قال «من اعتق عبداً وله مال فالملال للعبد» ورواه الامام احمد باسناده وغيره . وروى حماد بن سلمة عن ايوب عن نافع عن ابن عمر انه كان إذا اعتق عبداً لم يعرض لماله

ولنا ما روى الاثرم باسناده عن ابن مسعود انه قال لئلا يغير يغير اني اريد ان اعتقك عتقاً هنيئاً فاخبرني بذلك فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول «ايما رجل اعتق عبده او غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده» ولان العبد وماله كانا جميعاً السيد فانزال ملكه عن احدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه وقد دل على هذا حديث النبي ﷺ «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا ان يشترطه

رفيقاً كله وقال البيهقي يفرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبراً فان لم يكن له مال سعى العبد في قيمة نصيب الشريك فاذا أداها صار مدبراً كله ، وقال ابو يوسف وعمد يضمن المدبر للشريك قيمة حقه موسراً كان او معسراً ويصير المدبر له ، وقال ابو حنيفة الشريك بالخيار ان شاء دبر وان شاء اعتق وان شاء استسمى العبد وان شاء ضمن صاحبه ان كان موسراً ، ولنا انه تعليل للعتق على صفة فصيح في نصيبه كما لو علقه بموت شريكه

(مسئلة) وان اعتق في مرضه شركاً له في عبد أو دبره وثلثه يحتمل باقيه أعطي الشريك وكان جميعه حراً في إحدى الروايتين والأخرى لا يعتق إلا مملك منه

وجهاته انه إذا ملك شقفاً من عبد فاعتقه في مرض موته أو دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق إلا نصيبه بغير خلاف نعمه الا قولاً شاذاً أو قول من يرى السعاية وذلك لانه ليس له من ماله إلا الثلث الذي استفرقه قيمة الشقص فيبقى معسراً بمنزلة من اعتق في صحته شقفاً وهو معسر فان كان ثلث ماله بقي بقيمة حصه شريكه سرى الى نصيب الشريك في إحدى الروايتين فيعتق العبد كله ويعطى الشريك قيمة نصيبه من الثلث لان ملك العتق لثلث المال تام له ان تصرف فيه بالتبرع وغيره فهو كمال الصحيح فأشبه عتق الصحيح الموسر والثانية لا يعتق الا حصته لان ملكه يزول الى ورثته بموته فلا يبقى شيء يقضى منه الشريك وبه قال الاوزاعي

المتباع» فاما حديث ابن عمر فقال احمد يرويه عبدالله بن ابي حمزة من اهل مصر وهو ضعيف في الحديث كان صاحب فقه قاضاً في الحديث فليس هو فيه بالقوي وقال ابو الوليد هذا الحديث خطأ فاما فعل ابن عمر فانه تفضل منه على معتقه قيل للإمام احمد كن هذا عندك على التفضل؟ فقال ابي لمعري على التفضل قيل له فكأنه عندك للسيد؟ فقال نعم للسيد مثل اليوم سواء

(مسئلة) قال (واذا قال لعبد أنت حر في وقت سماء لم يعتق حتى يأتي ذلك الوقت)

وجلة ذلك أن السيد إذا علق عتق عبده أو امته على مجيء وقت مثل قوله أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يأتي رأس الحول وله بيعه وهبته وأجارته ووطئه الأمانة، وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وابن المنذر، قال أحمد إذا قال لثلامه أنت حر إلى أن يقدم فلان وبجيء فلان واحد وإلى رأس السنة وإلى رأس الشهر إنما يريد إذا جاء رأس السنة أو جاء رأس الهلال منه وإذا قال أنت طالق إذا جاء الهلال إنما تغلق إذا جاء رأس الهلال وقال إسحاق كما قال أحمد وحكي عن مالك أنه إذا قال لعبد أنت حر في رأس الحول عتق في الحال والذي حكاه ابن المنذر عنه إنها إذا كانت جارية لم يطأها لأنه لا يملكها مـ كما تماماً ولا يهبها ولا يلحقها بسببه رق وإن مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال وقد روي عن أحمد أنه لا يوطؤها لأن ملكه غير تام عليها

وقال القاضي ما اعتقه في مرض موته سري وما دبره أو وصى بعته لم يسر فلرواية في سرابة العتق في حال الحياة أصبح والرواية في وقوفه في التدبير أصبح وهذا مذهب الشافعي لأن العتق في الحياة ينفذ في حال ملك المتيق وصحة تصرفه وتصرفه في ثأته كتصرف الصحيح في ماله كله وأما التدبير والوصية فإنما يحصل العتق به في حال زوال ملك المتيق وتصرفه.

(مسئلة) (وان اعتق في مرضه ستة أعبد قيمتهم سواء وثله بمقتهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم بيعوا في دينه ويحتمل أن يعتق ثلثهم)

وجلة ذلك أن المريض إذا اعتق عبيده في مرضه أو درهم أو وصى بعته وهم يخرجون من ثلثه في الظاهر فاعتقناهم ثم مات فظهر عليه دين يستغرقهم تبييناً بطلان عتقهم وبقادرهم فيباعون في الدين ويكون عتقهم وصية والدين يقدم على الوصية قال علي رضي الله عنه إن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ولأن الدين يقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة في قضاء الدين وقد قال الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) والميراث مقدم على الوصية في الثلثين فما يقدم على الميراث يجب أن يقدم على الوصية، وبهذا قول الشافعي ورد ابن أبي ليلى عبداً اعتقه سيده عند الموت وعليه دين قال أحمد أحسن ابن أبي ليلى وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقي لأن تصرف المريض في ثلثه

والاول اصح لما روي عن ابي ذرانه قال لعبدته انت عتيق الى رأس الحول فلو لا ان العتق يتعاق بالحول لم يلقه عايه لمدم فائده ولانه علق العتق بصفة فوجب ان يتعاق بها كما لو قال اذا اديت الي القاء فانت حر واستحقاقها للعتق لا يمنع الوطء كالاستيلا ولا يلزم السكابة لانها اشترت نفسها من سيدها بموض وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسئلتنا

(فصل) واذا جاء الوقت وهو في ملكه عتق بغير خلاف نمله وان خرج عن ملكه يبيع او ميراث او هبة لم يعتق ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وتال النخعي وابن ابي ليلى اذا قال لعبدته ان فلت كذا فانت حر فباعه بيما صحيحاً ثم فعل ذلك الفعل عتق وانتهى البيع قال ابن ابي ليلى اذا حلف بالطلاق لا كلف فلا تأثم طلقها طلاقاً بائناً ثم كلف حنث وعامة اهل العلم على خلاف هذا القول ، لان النبي ﷺ قال «لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم» ولانه لا ملك له فلم يقع طلاقه ولا عتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم

(فصل) واذا قال لعبدته ان لم تضربك عشرة أسواط فانت حر ولم ينو وقتاً بعينه لم يعتق حتى يموت ولم يوجد الضرب وان باعه قبل ذلك صح بيعه ولم يفسخ في قول أكثر اهل العلم وقال مالك ليس له بيعه فان باعه فسخ البيع

ولنا انه باعه قبل وجود الشرط فصح ولم يفسخ كما لو قل ان دخلت الدار فانت حر وباعه قبل دخولها

كتصرف الصحيح في جميع ماله وكما لو لم يكن عليه دين ، وقال قتادة وأبو حنيفة واسحاق بسمي العبد في قيمته .

ولنا انه تبرع في مرض موته بما يهبر خروجه من اثالث فقدم عليه الدين كالهبة ولانه معتبر من اثالث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاءه فيتيين انه اعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره فان قال الورثة نحن نقضي الدين ونمضي العتق لم ينفذ في أحد الوجهين حتى يبتدئوا العتق لان الدين كان مانعاً منه فيكون باطلاً ولا يصح بوال المانع بعده (وانثاني) ينفذ العتق لان المانع منه انما هو الدين فاذا سقط وجب نفوذه كما لو اسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة بعد العتق في الجميع ولا أصحاب الشافعي وجهان كمن ذين وقيل ان أصل الوجهين اذا تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره وعلى الميت دين وقضي الدين هل ينفذ فيه وجهان :

(فصل) فان أعتق الرديئ ثلاثة اعبد لا مال له غيرهم ففرع الورثة فاعتقوا واحداً وارقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان :

(أحدهما) تبطل القرعة لان الدين شريك في الاقراع فاذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة

(فصل) واذا قل لبيد ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي فيها قولان
(احدهما) لا يعتق لان ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه

ولنا انه علق الصفة في ملكه وتحقق الشرط في ملكه فوجب ان يحنث كما لو لم يزل ملكه عنه وفارق ما اذا علقها في حال زوال ملكه وتحقق الشرط في ملكه لانه لو نجز العتق لم يقع فاذا علقه كان أولى بعدم الوقوع بخلاف مسئلتنا فاما ان دخل الدار بعد بيعه ثم اشتراه ودخل الدار فالمنصوص عن احمد انه لا يعتق

وذكر عنه رواية أخرى انه يعتق وروى عنه في الطلاق انه يقع لان التعليق والشرط وجد في ملكه فاشبه ما لو لم يتخلها دخول ووجه الاول ان العتق معلق على شرط لا يقتضي التكرار فاذا وجد مرة انحلت اليمين وقد وجد الدخول في ملك غيره فأنحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك ويفارق العتق الطلاق من حيث ان النكاح اثنائي ينبنى على النكاح الاول بدليل ان طلاقه في النكاح الاول يحسب عاياه في انكاح اثنائي وينقص به عدد طلاقه والملك باليمين بخلافه

(فصل) واذا قال لبيد له مقيد هو حر ان حل قيده ثم قال هو حر ان لم يكن في قيده عشرة ارطال

كما لو قسم شريكان دون شريكهما ثالث (واثنائي) يصح الاقراع لانه لا يمكن امضاء القسمة واقراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين لان التمرة دخلت لاجل العتق دون الدين فيقال للورثة اقضوا ثلثي الدين وهو بقدر قيمة نصف العبد الذي بقي اما من العبد واما من غيرهم ويجب رد نصف العبد الذي عتق فان كان الذي اعتق عبيد اقرعنا بينهما فاذا خرجت تمررة على احدهما وكان بقدر السدس من التمرة عتق وبيع الآخر في الدين وان كان اكثر منه عتق منه بقدر السدس وان كان اقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس .

(مسئلة) (وان اعتقهم فاعتقنا ثلثهم ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من ارق منهم) وبجملته انه اذا اعتق عبيده في مرضه او دبرهم او وصى بعتقهم لم يعتق منهم الا ثلث ويرق الثلثان اذا لم يجز الورثة عتقهم فاذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر ثلثهم تبيننا انهم قد عتقوا من حين اعتقهم او من حين موته ان كان دبرهم او وصى بعتقهم لان تصرف المريض في ثلث ماله نافذ وقد بان انهم ثلث ماله وخفا ذلك عاينا لا يمنع كونه موجوداً فلا يمنع كون العتق واقعاً فعلي هذا يكون حكمهم حكم الاحرار من حين اعتقهم فيكون كسبهم لم وان كانوا قد تصرف فيهم ببيع او هبة او رهن او تزويج بغير إذن كان باطلا وان كانوا قد تصرفوا فيهم بغيرهم حكم تصرف الاحرار فلو تزوج عبد منهم بغير إذن سيده كان نكاحه صحيحاً ووجب عاياه للمهر وان ظهر له مال

فشهد شاهدان عند الحاكم ان وزن قيده خمسة أرطال فتحكم بدينه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة أرطال عتق العبد بحل قيده وتبيننا أنه ما عتق بالشرط الذي حكم الحاكم بدينه به وهل يلزم الشاهدان ضمان قيمته ؟ فيه وجهان (أحدهما) انه يلزمهما ضمانها لان شهادتهما الكاذبة سبب عتقه واتلافه فضمناه كالشهادة المرجوع عنها ، ولان عتقه حصل بحكم الحاكم البني على الشهادة الكاذبة فأشبهه الحكم بالشهادة التي يرجحان عنها وهذا قول أبي حنيفة

(والثاني) لا ضمان عليهما وهو قول أبي يوسف ومحمد لان عتقه لم يحصل بالحكم البني على شهادتهما وإنما حصل بحل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لا يضمننا كما لو لم يحكم الحاكم

(فصل) وإن قل لعبد أنت حر متى شئت لم يعتق حتى يشاء بالقول فتى شاء عتق سواء كان على الفور أو التراخي ، وإن قل أنت حر ان شئت فكذلك ويحتمل أن يقف ذلك على المجلس لان ذلك بمنزلة التخيير ولو قال لامرأته اختاري نفسك لم يكن لها الاختيار الا على الفور فإن تراخي ذلك بطل خيارها كذا نعلية ، بالمشيئة من غير أن يقرنه بزمن يدل على التراخي ، وإن قل أنت حر كيف شئت احتمل أن يعتق في الحال وهو قول أبي حنيفة لان كيف لا تقتضي شرطا ولا وقتا ولا مكانا فلا تقتضي توقيف العتق وإنما هي صفة للحال لا تقتضي وقوع الحرية على أي حال شاء ويحتمل

بقدر قيمتهم عتق ثلثهم لانه ثلث جميع المال فيقرع بين الذين وقفوا فيعتق من تقع له اربعة ان وفي اثنتان بقيته وقيمة الاول والا عتق منه تمام الثلثين وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة اقسامهم وعلى هذا الحساب

(فصل) وإن وصى بعتق عبد له يخرج من الثلث وجب على الوصي اعتاقه فان وصى بذلك ورثته لم يضمن اعتاقه فان امتنعوا أجبرهم السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم لان هذا حق لله تعالى وللعبد ومن وجب عليه ذلك نائب السلطان عنه أو نائبه كالكافة والديون فاذا اعتقه الوارث أو السلطان عتق وما اكتسبه في حياة الموصي فهو للموصي يكون من تركته ان بقي بعده لانه كسب عبده اتمن وما كسبه بعد موته وقبل اعتاقه فهو للوارث وقال القاضي هو للعبد لانه كسبه بعد استقرار سبب العتق فكان له كسب المكاتب وقال بعض أصحاب الشافعي فيه قولان مبنيان على القولين في كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية .

ولنا انه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعلق عتقه بصفة وفارق المكاتب فإنه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك عبده ويطلق ما ذكره بام الولد فان عتقها قد استقر سببه في حياة سيدها وكسبها له والموصى به ممنوع وان سلمناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك وإنما وقف على شرط هو القبول فاذا وجد الشرط استند الحكم الى ابتداء السبب وفي الوصية

أن لا يعتق حتى يشاء وهو قول أبي يوسف وعمران المشيئة تقتضي الخيار فتقتضي أن لا يعتق قبل اختياره كما لو قال أنت حر متى شئت لأن كيف تعطي ما تعطي متى وأي حكمها حكمهما وقد ذكر أبو الخطاب في الطلاق أنه إذا قال لزوجته أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق حتى تشاء فيجبيء ههنا مثله

(فصل) وتعلق العتق على أداء شيء ينقسم ثلاثة أقسام

(أحدها) بتعليقه على صفة محضة كقول له إن أديت إلي ألفا فانت حر فهذه صفة لازمة لاسيبل إلى إبطالها لأنه أزمها نفسه طوعاً فلم يملك إبطالها كما لو قل ان دخلت الدار فانت حر ولو اتفق السيد والعبد على إبطالها لم تبطل بذلك ولو أبرأ السيد من الألف لم يعتق بذلك ولم يبطل الشرط لأنه لاحق له في ذمته يورثه منه وإنما هو تعليق على شرط محض وإن مات السيد انفسخت للصفة لأن ملكه زال عنه فلا ينفذ عتقه في ملك غيره وإن زال ملكه يبيع أو هبة زالت العفة فإن عاد إلى ملكه عاد كما ذكرنا فيما قبل ومتى وجدت الصفة عتق ولم يحتج إلى تجديد اعتاق من جهة السيد لأنه إزالة ملك معلق على صفة وهو قابل للتعلق فيوجد بوجود الصفة كالطلاق وما يكسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيدته لأنه لم يوجد عقد يمنع كونه كسبه لسيدته إلا أن ما يأخذه السيد منه يحسبه من الألف التي أداها فإذا كل أداؤها عتق وما فضل في يده لسيدته وإن كان المعلق عتقه إمة فولدت لم يتبعها ولده في أحد الوجهين

بالتق ما وجد السبب وإنما أوصى بالمجاهدة وهو التيق فإذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقاً عليه ولهذا يملك الموصي له القبول بنفسه والعبد ههنا لا يملك أن يعتق نفسه فإن مات العبد قبل موت سيده وقبل اعتاقه فما كسبه للورثة على قولنا ولا نعلم قول مخالفين فيه

(فصل) قال علق عتق عبده على شرط في صحته فوجد في مرضه اعتبر خروجه من الثلث قاله أبو بكر وقد نص أحمد على مثل هذا في الطلاق وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر أنه يعتق من رأس المال وهو مذهب الشافعي لأنه يتهم فيه أشبه العتق في صحته

ولنا أنه عتق في حال تعاقد حق الورثة بثلاثي ماله فاعتبر من الثلث كالمعجز وقولهم لا يتهم فيه قلنا وكذلك العتق للمعجز لا يتهم فيه فإن الإنسان لا يتهم بمحاربة غير الوارث وتقديمه على وازنه وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة وهو حاصل ههنا ولو قال إذا قدم زيد وأنا مريض فانت حر فقدم وهو مريض كان معتبراً من الثلث وجهاً واحداً

(مسألة) وإن لم يظهر له مال جزأنا لم ثلاثة أجزاء كل اثنين جزءاً وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق فنخرج لهم الحرية عتق ورق الباقر وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان ومالك والشافعي

لأنها أمة قن فأشبهه ولو قال إن دخلت أمة فانت حرة ولا تجب عليها قيمة نفسها لانه يثق من السيد بصفة فأشبهه ولو باشر عتقها ولا يفتق حتى يؤدي الألف بكاملها وذكر القاضي أن من أصلنا أن العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها كما لو قال أنت حر إن أكلت رغيفاً فأكل بعضه وهذا لا يصح لوجوه أحدها أن أداء الألف شرط العتق وشروط الأحكام يستبر وجودها بكاملها لثبوت الأحكام وتتفني بانتفائها بدليل سائر شروط الأحكام

(إثباتي) انه إذا علقه على وصف ذي عدد فالعدد وصف في الشرط ومتى علق الحكم على شرط يوصف لا يثبت ما لم توجد الصفة كما لو قال لعبدك ان خرجت عارياً فانت حر فخرج لا يسأل باعتق ذلك العدد

(ثالث) انه متى كان في الانظمة يدل على السكل لم يحنث بفعل البعض وكذلك لو حلف لاصايت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة ولو حلف لاصمت صياماً لم يحنث حتى يصوم يوماً ولو قال لامرأته ان حضت حيضة فانت طالق لم يحنث حتى تظهر من المايضة ، وقد ذكر القاضي هذه المسائل ونظائرها، وذكر الألف هنا يدل على ارادته أداء الألف كاملة

(الرابع) اننا لانسلم هذا الاصل الذي دعاه وانه اذا قال له انت حر ان أكلت رغيفاً لم يعتق بأكل بعضه وانما اذا حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه حنث في رواية في موضع يحتمل ارادة البعض ويتناولها اللفظ كن حلف لا يصلي ففصر في الصلاة او لا يصوم ففصر في الصوم

واسحاق وداود وابن جرير وقال ابو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى في باقيه وروي نحو هذا عن سعيد بن المسيب وشرح الشعبي والنخعي وقادة وحماد لانهم تساوا في سبب الاستحقاق في تساوون في الاستحقاق كالوكان لا يملك إلا ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل ، وأنكر أصحاب أبي حنيفة قرعة وقولوا هي من التمار وحكم الجاهلية وللمهم يردون الخبر الوارد في هذه المسئلة ثمانية قياس الاصول وذكر الحديث لحاد فقال هذا قول الشيخ - يعني ابليس - قال له محمد بن ذكوان وضع القلم عن ثلاثة (أحدهم) المجنون حتى يفنى يعني - أنك مجنون - فقال له حماد ماداك إلى هذا؟ فقال محمد وأنت ماداك إلى هذا وهذا قليل في جواب حماد وكان حرياً أن يستتاب عن هذا ، فان تاب وإلا ضربت عنقه .

ولنا ما روى عن ابن بن حصين أن رجلاً من الانصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال له غيرهم فجزأهم رسول الله ﷺ ستة أجزاء فأعتق اثنين وارق أربعة وهذا نص في محل النزاع وحجة لنا في الامر من المختلف فيها وهما جمع الحرية واستعمال القرعة ، وهو حديث صحيح رواه مسلم وابوداود وسائر أصحاب السنن ، ورواه عن عمران بن الحصين الحسن وابن سيرين وابو المطلب ثلاثة أثمة ورواه الامام أحمد عن اسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الخذاء عن أبي قلابة عن أبي زيد الانصاري

اولا يشرب ماء هذا الاناء فشرب بعضه ونحو هذا لان الشارع في الصلاة والصيام قد صلي وصام ذلك الجزء الذي شرع فيه والقدر الذي شربه من الاناء هو ماء الاناء وقرينة حاله تقتضي المنع من الكل فتقتضي الامتناع من الكل ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فثبت لذلك ولو حلف على فعل شيء لم يبرأ الا بفعل الجميع وفي مسئلتنا تعليق الحرية على اداء الالف يقتضي وجود أدائها فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون ادائها كمن حلف ليؤدين ألفاً لم يبرأ حتى يؤديها (انما من) أن نوضع الشرط في الكتاب والسنة واحكام الشريعة على أنه لا يثبت الشرط بدون شرطه فإن النبي ﷺ قال « من قال لا اله الا الله دخل الجنة » فلو قال بعضها مقتصرآ عليه لم يستحق الا العتوبة وقال « من احيا ارضاً ميتة فهي له » فلو شرع في الاحياء لم تكن له ولو قال في المسابقة من سبق الى خمس اصابات فهو سابق فسبق الى اربع لم يكن سابقاً ولو قال من رد ضالتي فله دينار فشرع في ردها لم يستحق شيئاً فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بتقدير دليل وانما الذي جاء عن أحمد في الايمان فيمن حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه يحنث لان اليقين على الترك يقصد بها المنع فزلت منزلة النعي والنهي عن فعل شيء يقتضي المنع من بعضه بخلاف تعليق الشروط على الشرط والله أعلم

(القسم الثاني) صفة جمعت ماوضة وصفة والغلب فيها حكم الماوضة وهي الكتابة الصحيحة

رجل من اصحاب النبي ﷺ وروي نحوه عن ابي هريرة عن النبي ﷺ ولانه حق في تفرقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الاجبار اذا طلبها أحد الشركاء ونظيره من القسمة ما لو كانت دار بين اثنين لاحدهما ثلثها والآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لاضرر في قسمتها فغلب أحدهما القسمة فانه يجعل كل بيت سهما وقرع بينهم بثلاثة اسهم لصاحب اثاث سهم والآخر سهمان وقولهم ان الخبر يخالف قياس الأصول نمنع ذلك بل هو موافق لما ذكرناه وقياسهم فاسد لانه اذا كان ملكهم ثلثهم وحده لم يكن جميع نصيبه والوصية لاضرر في تفرقها بخلاف مسئلتنا وان منعنا مخالفته قياس الأصول فقول رسول الله ﷺ واجب الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه لانه قول المعصوم الذي جعل الله عز وجل قوله حجة على الخلق أجمعين وأمر باتباعه وطاعته وحذر العقاب في مخالفة أمره وجعل الفوز في طاعته والضلال في معصيته وتطرق الخطأ إلى القانس في قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى اصحاب رسول الله ﷺ والائمة بعدهم في روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الأصول باحاديث ضميعة فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضرو تقضوا الوضوء بالقيظة في الصلاة دون خارجها وقولهم في مسئلتنا في مخالفة القياس والأصول أشد وأعظم والضرر في مذهبيهم أعظم وذلك لان الاجماع منعقد على ان صاحب الثلث في الوصية وما في معناها لا يحصل له شيء حتى

(الجزء الثاني عشر) (٣٨) [المغني والشرح الكبير]

فهي مساوية للصفة المحضة في العتق بوجودها وأنه لا يجب عليه قيمة نفسه وأن الولاء لسيدته وتخليها في أنه لو أبرأه السيد من المال برىء منه وعتق لأن ذمته مشغولة به فبرىء منه بإبرائه كشن البيع ولا يفسخ بموت السيد ولا بيع المكاتب ولا هبته لأنه عقد معاوضة لازم أشبه البيع وما كسبه قبل الاداء فهو له وما فضل في يده بعد الاداء فهو له وولد المكاتبه الذين ولدتهم في الكتابة يعتقدون بعثتها (القسم الثالث) صفة فيها معاوضة والمغلب فيها حكم الصفة وهي الكتابة الفاسدة نحو الكتابة على مجهول أو نجم واحد أو مع اخلال شرط من شروط الكتابة فتساوى الصفة المحضة والكتابة في أنه لا يمتنع بالاداء لأنه عتق معلق على شرط ولا تلزمه قيمة نفسه ولا يبطل بجنون المكاتب ولا الحجر عليه لأن الحجر للرق لا يمنع صحة كتابته فلا يقتضي خدوثة ابطالها وإن أدى حال جنونه عتق لأن الصفة وجدت

وقال أبو بكر لا يمتنع بذلك ويفارقهما في أن السيد فسخها ورفعها لأنها فاسدة والفاسد يشرع رفعه وإزالته ويفارق الكتابة الصحيحة في أنها تبطل بموت السيد وخنونه والحجر عليه لسفه لأنه عقد جائز من جهته يبطل بهذه الأمور كالوكالة والمضاربة وقد قال أحمد إذا وسر فهو بمنزلة الموت وهذا قول اتقاه وقال أبو بكر لا تبطل بشيء من ذلك لأنه عقد كتابة فلم يبطل بذلك كالصحيحة وتمازق الصفة المحضة في أن كسب المبد قبل الاداء له وما فضل في يده بعد الاداء فهو له دون سيده

يحصل للورثة مثله وفي مستأننا يعتقدون انكث ويستسعون العبد في الثاين فلا يحصل للورثة شيء في الحال ويحبونهم على السعاية فربما لا يحصل منها شيء أصلاً وربما لا يحصل منها في الشهر إلا اليسير كالدرهم والدرهمين فيكون هذا كمن لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لأنهم يجبرونهم على السكسب والسعاية من غير اختيارهم وربما كان المجير جارية فيحماها ذاك على البغاء أو عبداً فيسرق أو يقطع الطريق وفيه ضرر على المبت حيث أفوضوا بوصيته إلى العالم والاضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيده وورثته ، وقد روي عن النبي ﷺ في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قل «لو شهدت لم يدفن في مقابر المسلمين» قال ابن عبد البر في قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة وأشار إلى ما ذكرناه

وأما انكارهم القرعة فقد جاءت في الكتاب والسنة والاجماع ، قال الله تعالى (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) وقال سبحانه (فسام فكان من اللدحيين) وأما السنة فقال أحمد في القرعة خمس سنن أقرع بين نسائه وأقرع في ستة مملوكين وقل رجلين «استهما» وقال «مثل القائم بمجدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة» وقال «لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول لاستهموا عليه» وفي حديث الزبير أن صفية جاءت بثوبين ليكن من فيهما حمزة فوجدنا إلى جنبه فتبلا فتبنا حمزة ثوب وللانصاري ثوب فوجدنا أحد الثوبين أوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم

ويستع المكاتبه ولدها حملها على الكتابة الصحيحة في أحد الوجهين فيها وفي الآخر لا يستحق كسبه ولا يتبع المكاتبه ولدها لان المفتى حصل بالصفة لالكتابة واما الكتابة بمحرر كالمحرر والمحرر فقال القاضي هي كتابة فاسدة حكمها حكم ما ذكرنا ويمتنع فيها بالاداء وقال أبو بكر لا يمتنع فيها بالاداء وهو ظاهر كلام احمد في رواية الميموني إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كتب عليه عتق مالم تكن الكتابة محرمة وينبغي ان يقال ان عتق المفتى على أداء المحرم عتق به كما لو عتق المفتى على السرقة وشرب الخمر وان قال ككتبتك على خمر لم يمتنع بأدائه كقول أبي بكر والله أعلم

(فصل) وإذا قال لعبدك أنت حر وعليك ألف عتق ولا شيء عليه لانه اعتقه بنذر شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فيعتق ولم يلزمه الألف هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا ونقل جعفر بن محمد قال سمعت أبا عبد الله قيل له إذا قال أنت حر وعليك ألف دوم قل جيبه قيل له فإن لم يبرح من العبد قال لا يعتق انما قاله له على ان يؤدي اليه ألف درهم فإن لم يؤدي فلا شيء وان قال أنت حر على ألف فكذلك في إحدى الروايتين لان على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فأشبهه قوله وعليك ألف (واثنائية) ان قبل العبد عتق ولزمته الألف وان لم يقبل لم يمتنع وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة لانه اعتقه بعوض فلم يمتنع بدون قبوله كما لو قل أنت حر بألف وهذه الرواية أصح لان على تستعمل للشرط والم عوض قال الله تعالى (قال له موسى هل اتبعك على أن تمنعني مما علمت رشداً)

كفنا كل واحد في اثوب الذي طار له وتشاح الناس يوم القادسية في الأذان فاقرع بينهم سعد واجمع العلماء على استعمالها في القسمة ولا نعلم بينهم خلافا في ان الرجل يقرع بين نسائه اذا اراد السفر باحدها وان اراد البداية في القسمة بينهم وبين الاولياء اذا تشاوا فيمن يتولى التزويج او من يتولى استيفاء القصاص واشباه هذا.

(فصل) في كيفية القرعة قال احمد قل سعيد بن جبير يقرع بينهم بالخواتيم اقرع بين اثنين في ثوب فاخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قل يخرجون بالخواتيم ثم تدفع الى رجل فيخرج منها واحداً قال احمد بأي شيء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به سواء كان رقاعاً او خواتيم، وقال أصحابنا المتأخرون الاولى ان يقطع رقاعاً صفاراً مستوية ثم تجعل في بنادق شمع او غيره متساوية القدر والوزن ثم تلقى في حجر رجل لم يحضر ويفطى عليها بثوب ثم يقال له ادخل يدك فاخرج بندقه فنفضها ونلم ما فيها، وهذا قول الشافعي وفي كيفية القرعة والمفتى ست مسائل.

(احدها) ان يمتنع عدداً من العبيد لم يمتنع ثلث صحيح كثلثه او تسعة او ستة (او قيمتهم متساوية) ولا مال له غيرهم فيجزون ثلاثة اجزاء جزءاً للحرية وجزأين للرق ويكتب ثلاث رقاع في واحد حرية وفي اثنين رق وتترك في ثلاث بنادق وتفتلى بثوب ويقال لرجل لم يحضر اخرج على اسم هذا الجزء فان خرجت قرعة الحرية عتق وربي الجزء ان الآخران وان خرجت رقي رقي وأخرجت

وقال تعالى (فهل نجعل لك خراجاً على أن تجعل بيننا وبينهم سداً) ولو قال في النكاح زوجتك ابنتي فلا تنة على صداق خمسمائة درهم فقال الآخر قبلت صح النكاح وثبت الصداق وقال الفقهاء إذا تزوجها على ألف لها وألف لغيرها كان ذلك جائزاً فأما إذا قال اعتقتك على أن تخدمني سنة فقبل فغيرها روايتان كالتي قبلها وقيل إن لم يقبل العبد لم يمتنع رواية واحدة فعلى هذا إذا قبل العبد عتق في الحال ولزمته خدمته سنة فإن مات السيد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة بهذا وقال الشافعي وقال أبو حنيفة تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقي من قيمته ولنا إن العتق عقد لا يلحقه الفسخ فإذا تضرع فيه استيفاء الموض رجع إلى قيمته كالخام في الفساح والصلح في دم العمد وإن قال أنت حر على أن تعطيني ألفاً فالصحيح أنه لا يمتنع حتى يقبل فإذا قبل عتق ولزمه الألف وإن قال أنت حراً ألف لم يعتق حتى يقبل فيعتق ويلزمه ألف

(فصل) وإذا علق عتق أمته بصفة وهي حامل تتبعها ولها في ذلك لأنه كضمون أعضائها فإن وضعت قبل وجود الصفة لم وجدت الصفة عتق لأنه تابع في الصفة فأشبه مالو كان في الصفة فأشبه مالو كان في البطن وإن كانت حائلاً حين التعليق لم وجدت الصفة وهي حامل عتقت هي وحملها لأن العتق وجد فيها وهي حامل فتبناها ولها كالنجز وإن حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة

أخرى على جزء آخر فإن خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث وإن خرجت رقعة الرق ورق وعتق الجزء الثالث لأن الحرية تعينت فيهم وإن شئت كتبت اسم كل جزء في رقعة ثم أخرجت رقعة على الحرية فإذا أخرجت رقعة عتق المسمون فيها ويرق الباقي وإن أخرجت رقعة على الرق ورق المسمون فيها ثم أخرج أخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث وإن أخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها ورق الثالث

(المسئلة الثانية) أن تمكن قسمتهم أثلاثاً وقيمتهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كسنة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين ألف فتجعل الاثنين الأوسطين جزءاً وتجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف جزءاً والآخرين جزءاً فتكون ثلاثة أجزاء متساوية في العدد والقيمة على ما قدمناه في المسئلة الأولى قبل لا خدلم يستووا في القيمة قال يقومون بالثمن.

(المسئلة الثالثة) أن يتساووا في العدد ويختلفوا في القيمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفرداً كسنة أعد قيمة أحدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة ثلاثة آلاف فأنهم يعدلون بالقيمة ~~في~~ العدد نص عليه أحمد فقال إذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم لأنه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل وفي قسمته بالعدد تكرار القرعة وتبعض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة أولى بيان ذلك أنا لو جعلنا مع الذي قيمته

ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولدان الصفة لم تتماق به لافي حال التعليق ولا في حال العتق وفيه وجه آخر أنه يتبعها في العتق قياساً على ولد المدبرة وإن بطلت الصفة يبيع أو موت لم يعتق الولد لأنه إنما يتبعها في العتق لافي الصفة فإذا لم توجد فيها لم يوجد فيه بخلاف ولد المدبرة فإنه يتبعها في التدبير فإذا بطل فيها بقي فيه

(مسئلة) قال (واذا أسلمت أم ولد النصراني منع من غشيانها والتلذذ بها وإجبر على تفقتها فإن أسلم حات له وإذا مات عتقت)

هذه المسئلة يؤخر شرحها إلى باب عتق امهات الاولاد فإنه البقي بها

(مسئلة) قال (واذا قال لامته أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين أقرع بينهما فن أصابته القرعة فهو حر إذا اشكل أولهما خروجاً)

إنما كان كذلك لأن أحدهما استحق العتق ولم يعلم بعينه فوجب إخراجه بالقرعة كما لو قال لعيده أحدكم حر وقد سبق القول في هذه المسئلة فأما أن علم أولها خروجاً فهو الحر وحده وهذا قول مالك وأثوري وأبي هاشم والشافعي وابن المنذر وقال الحسن ، الشعبي وقتادة : إذا ولدت ولدان في بطن فحما حران

ألف آخر فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا أن نعيد القرعة بينهما فإذا خرجت على التليل القيمة عتق وعتق من الذي قيمته ألف تمام الثلث وإن وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث عتقا ثم أعيدت لتكامل الثلث فإذا وقعت على واحد كسكت الحرية منه فحصل ما ذكرناه من التبويض والتكرار ، ولأن قسمتهم بين المشركين فيهم إنما يعدلون فيها بالقيمة دون الأجزاء فلي هذا تجمل الذي قيمته ألف جزءاً والاثنين الذين قيمتهما ألف جزءاً والثلاثة الباقيين جزءاً ثم يقرع بينهم على ما ذكرنا .

(المسئلة الخامسة) أمكن تعديلهم بالعدد دين القيمة كسنة أعبد قيمة اثنين ألف وقيمة اثنين سبعة وقيمة اثنين خمسمائة فهنا تجزئهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فتجعل كل اثنين جزءاً وتضم كل واحد من قيمتهما قايلاً إلى واحد من قيمتهما كثيرة وتجعل المتوسطين جزءاً وتقرع بينهم فإن وقعت قرعة الحرية على حر قيمته أكثر من الثلث أعيدت القرعة بينهما فعتق من تقع له قرعة الحرية وعتق من الآخر تنمة الثلث ويرق باقيه والباقيون وإن وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعاً ثم يكل الثلث من الباقيين بالقرعة

(المسئلة السادسة) لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا بالقيمة كخمسة أعبد قيمة أحدكم ألف واثنان

ولنا أنه إنما اعتق الأول والذي خرج أولا هو أول المولودين فاختص العتق به كالأول ولذا نهى بطنين (فصل) فإن ولدت الأول ميتاً والثاني حياً فذكر الشريف أنه يعتق الحي منها وبه قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لأن شرط العتق إنما وجد في الميت وليس بمحل للعتق فأنحلت اليقين به وإنما قلنا إن شرط العتق إنما وجد فيه لأنه أول ولد بدليل أنه لو قال لامته إذا ولدت ولداً فانت حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت ، ووجه الأول أن العتق يستحيل في الميت فتعلقت اليقين بالحي كما لو قال إن ضربت فلاناً فعبدي حر فضر به حياً عتق وإن ضربه ميتاً لم يعتق ولأنه معلوم من طريق العادة أنه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه وهو أن يكون حياً قصير الحياة مشروطة فيه فكأنه قال أول ولد تلدينه حياً فهو حر (فصل) وإن قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولادته في قول جمهور العلماء منهم مالك والشافعي والأوزاعي والليث والثوري قال ابن المنذر ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم فإن باع الأمة ثم ولدت لم يعتق ولدها لأنها ولدتهم بعد زوال ملكه

(فصل) فإن قال أول غلام أملكه فهو حر ابنه ذلك على العتق قبل الملك وفيه روايتان فإن قلنا يصح عتق أول من يملكه فإن ملك اثنين عتق أحدهما بالقرعة في قياس قول أحمد فإنه قل في رواية مهنا إذا قال أول من يطلع من عبيدي فهو حر فطلع اثنان أو جميعهم فإنه يقرع بينهم ويحتمل

الف واثنتان ثلاثة آلاف فيحتمل أن تجزئهم ثلاثة أجزاء فتجعل أكثرهم قيمة جزءاً وتضم إلى اثنتي أقل الباقيين قيمة وتجعلها جزءاً والباقيين جزءاً أو تفرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق لأن هذا أقرب إلى ما فعله النبي ﷺ ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم ويحتمل أن لا تجزئهم بل يخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفي الثلث فيكتب خمس رقع باسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية فنخرج اسمه فيها عتق ثم يخرج الثانية فنخرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث

﴿مسألة﴾ (وإن كانوا ثمانية فإن شاء أقرع بينهم بسهمي حرية وخسة رق وسهم إن ثلثاه حر وإن شاء جزأهم أربعة أجزاء فأقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق ثم أعاد القرعة لآخرهم من ثلثاه حر وإن فعل غير ذلك جاز بأن يجعل ثلاثة أجزاء وثلاثة أجزاء واثنين جزءاً فإن خرجت على الاثنين عتقا وكمل الثلث بالقرعة من الباقيين وإن خرجت الثلاثة أقرع بينهم بسهمي حرية وسهم رق فإن كان جميع ماله عبيدين أقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق على كل حال

(فصل) قد ذكرنا أنه إذا كان للمعتق مال غير العبيد مثلاً قيمة العبيد عتقوا جميعهم لخروجهم من الثلث وإن كان أقل من مثليهم عتق من العبيد قدر ثلث المال كله فإذا كان العبيد نصف المال عتق ثلثهم وإن كانوا ثلثي المال عتق نصفهم وإن كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة ألساعهم وطريقه إن تضرب

ان يعتق جميعاً لان الاولية وجدت فيها جميعاً فثبت الحرية فيها كما لو قال في المسابقة من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتركا في العشرة وقال النخعي يعتق أيهما شاء وقال أبو حنيفة لا يعتق واحد منهما لانه لا اول فيهما لان كل واحد منهما مساو للآخر ومن شرط الاولية سبق الاول ولنا ان هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا اول كالواحد وليس من شرط الاول ان يأتي بعده ثان بذليل ما لو ملك واحدا ولم يملك بعده شيئاً واذا كانت الصفة موجودة فيهما فاما ان يعتق جميعاً أو يعتق احدهما وتعينه القرعة على ما ذكرنا من قبل وكذلك الحكم فيما إذا قل أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين وخرجا جميعاً معاً فالحكم فيهما كذلك

(فصل) وان قال آخر عبد املكه فهو حر فملك عبداً لم يحكم باعتق واحد منهم حتى يموت لانه ما دام حياً فهو يحتمل ان يملك عبداً يكون هو الآخر فاذا مات عتق آخرهم وتبيننا أنه كان حراً حين ملكه فيكون اكسابه له وان كانت أمة كان اولادها احرارا من حين ولدتهم لانهم اولاد حرة وان كان وطئها فعليه مهرها لانه وطئ حرة أجنبية ولا يحل له ان يطأها حين ملكها حتى يملك بعدها غيرها لانه ما لم يملك بعدها غيرها فهي آخر في الحال وانما يزول ذلك بملك غيرها فوجب ان يحرم الوطء وان ملك اثنين دفعة واحدة ثم مات فالحكم في عتقهما كالحكم فيما اذا ملك اثنين في المسئلة التي قبلها

قيمة العبيد في ثلاثة ثم تنسب اليه ببلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها فاذا كانت قيمة العبيد ألفاً وباقي التركة الفين ضربت قيمة العبيد في ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب اليها الفين تكن ثلثيها فيعتق ثلثاهم وان كانت قيمة العبيد ثلاثة آلاف وباقي التركة الف ضربنا قيمتهم في ثلاثة تكن تسعة وتنسب اليها التركة كلها تكن أربعة اتساعها وان كانت قيمتهم أربعة آلاف وباقي التركة الف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن اثني عشر وتنسب اليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق ربعهم وسدسهم (فصل) فان كان على الميت دين يحيط ببعض التركة قدم الدين لان العتق وصية وقد قضى رسول الله ﷺ ان الدين قبل الوصية ولان قضاء الدين واجب وهذا تبرع وتقديم الواجب متعين فان كان الدين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتب رقتان رقعة للدين ورقعة للتركة ويخرج واحد منها على أحد الجزأين فن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه وكان الباقي جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم وان كان الدين بقدر ثلثهم كتب ثلاث رقعات رقعة للدين واثنان للتركة وان كان بقدر ربعهم كتب أربع رقعات رقعة للدين وثلاث للتركة ثم يقرع بين من خرجت له رقعة التركة وان كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقعتين للتركة جاز وقيل لا يجوز لئلا يخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين والاول أصح لانه انما يمنع من قبل قضاء الدين اذا لم يكن له وفاء فاما ان كان له وفاء لم يمنع منه بذليل ما لو قال العتق في أقل من ثلث الباقي بقضاء الدين فانه لا يمنع من العتق قبل وفائه

(مسئلة) قال (واذا قل العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال فاعتني ففعل فقد صار حراً وعلى المشتري ان يؤدي الى البائع مثل الذي اشتراه به ولاؤه للذي اشتراه الا ان يكون قال له بعني بهذا المال فيكون الشراء والعق باطلا ويكون السيد قد أخذ ماله)

وجله ان العبد اذا دفع إلى أجنبي مالا وقل اشترني من سيدي بهذا المال فاعتني ففعل لم يخل من أن يشتره بعين المال أو في ذمته ثم ينقد المال فان اشتراه في ذمته فأعتقه فالشراء صحيح والعق جائز لانه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له وعلى المشتري اداء الثمن الذي اشتراه به لانه لزمه الثمن بالبيع والذي دفعه الى السيد كان ملكا له لا يحتسب له به من الثمن فيبقى الثمن واجبا عليه يلزمه اداؤه وكان العتق من ماله والولاء له وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأما ان اشتراه بعين المال فالشراء باطل

(مسئلة) وان اعتق عبيدين قيمة أحدهما مائتان والآخر ثمانمائة فأجاز الورثة عتقهما اعتاوان لم يجز الورثة عتق ثلثها وكل الثلث في أحدهما فتجمع قيمتهما فتكون خمسمائة ثم يقرع بينهما فمن خرج له سهم الحرية ضربنا قيمته في ثلاثة ونسبنا قيمتها الى الارتفاع بالضرب فما خرج من النسبة عتق من العبد بقدره فان وقعت على الذي قيمته مائتان ضربنا في ثلاثة صار ستمائة ونسبنا قيمتها الى ذلك تكن خمسة اسداسه فيعتق منه كذلك وان وقعت على الآخر ضربنا قيمته في ثلاثة تكن تسعمائة ونسبنا قيمتهما وهي خمسمائة الى ذلك نجدها خمسة اتساعه فيعتق منه ذلك وهو ثلث الجميع)

لأننا إذا ضربنا قيمة العبدین وهي خمسمائة في ثلاثة كانت الما وخمسمائة وهي جميع المال فالخمسائة بالنسبة اليها ثلث والنسبة الى الذي قيمته مائتان خمسة اسداسه بعد الضرب والى الآخر خمسة اتساعه وكل شيء أنى من هذا فسيبيله ان يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر وهذا قول من يرى جميع العتق في بعض العبيد بالقرعة وعند أبي حنيفة ومن وافقه يعتقان في تسميان في باقي قيمتهما وقد مضى الكلام معهم والله أعلم

(مسئلة) وان اعتق واحدا من ثلاثة عبيد غير معين فمات احدهم في حياة السيد اقرع بينه وبين الحيين فان وقعت رقعة العتق على الميت رق الاخران)

لان القرعة بين بها من وقع عليه العتق فوجب ان يقرع بينهم كالموت كانوا احياء فاذا وقعت القرعة على الميت تبين رق الاخرين لان الحرية إنما تقع على العتق وهذان لم يعتق واحد منهما وان وقعت على أحد الحيين عتق ان خرج من الثلث وقد سبق شرح هذا فيما اذا قال أحد عبيدي حر وذكرنا الخلاف فيه وان اعتق الثلاثة في مرضه فمات احدهم في حياة السيد فكذلك في قول أبي بكر لان الحرية إنما تنفذ في الثلث فأنه ما لو اعتق واحدا منهم قال شيخنا والاولى ان يقرع بين الحيين ويسقط حكم الميت لانه اعتق الثلاثة والاعتبار في خروجه من الثلث بحالة الموت وحالة الموت إنما كان له

(المغني والشرح الكبير) حكم بالوكان عبد بين شريكين فأعطى أحدهما خمسين ديناراً أو يمتق نصيبه ٣٠٥

والعتق غير واقع لأنه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير إذنه فلم يصح الشراء ولم يقع العتق لأنه أعتق مملوك غيره بغير إذنه ويكون السيد قد أخذ ماله لأن مافي يد العبد محكوم به لسيدته
وعلى الرواية التي تقول ان النقود لا تتمين بالتعيين في العقود يصح البيع والعتق ويكون الحكم كما لو اشتراه في ذمته وبمحو هذا قال النخعي وإسحاق فنهما قالوا الشراء والعتق جائزان ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق

وقال الحسن البيع والعتق باعلان ، وقال الشعبي لا يجوز ذلك ويماقب من فعله من غير تفريق أيضاً وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى ان شاء الله تعالى
(فصل) ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد أحدهما خمسين ديناراً على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه عتق وسرى إلى باقيه ان كان موسراً ورجع عليه شريكه بنصف الحسين وبنصف قيمة العبد لأن مافي يد العبد يكون بين سيديته لا ينفرد به أحدهما إلا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق وإن

العبد ان الحيان وهما كل ماله فيقرع بينهما فن وقت عليه اقرعة حتى ان خرج من الثلث والاعتق منه بقدر الثلث وان بقي مراثث شيء بعد عتقه عتق من الآخر بقدر ما بقي من الثلث وصار بمنزلة ما لو اعتق العبد في مرضه ولم يكن له مال غيرهم

(فصل) إذا دفع العبد إلى رجل مالا فقال اشترني من سيدي بهذا المال فأعتقني ففعل لم يخل من ان يشتريه بين اهل أو في ذمته ثم ينفذ المال فان اشتراه في ذمته ثم اعتقه صح الشراء ونفذ العتق لأنه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له وعلى المشتري اداء الثمن الذي اشتراه به لأنه لزمه الثمن بالبيع والذي دفعه إلى السيد كان مأكلاً له لا يمتد به من الثمن فبقي الثمن واجبا عليه يلزمه اداؤه وكان العتق من ماله والولاء له وبه قول الشافعي وابن المنذر فاما ان اشتراه بعين المال فالشراء باطل ولا يصح العتق لأنه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير إذنه فلم يصح الشراء ولم ينفذ العتق لأنه أعتق مملوك غيره بغير إذنه ويكون السيد قد أخذ ماله لأن مافي يد العبد محكوم به لسيدته فاما على الرواية التي تقول ان النقود لا تتمين بالتعيين فانه يكون الحكم فيه كما لو اشتراه في ذمته ونحو هذا قول النخعي وإسحاق فانما قالوا الشراء والعتق جائزان ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق وقال الحسن البيع والعتق باطلاق وقول الشعبي لا يجوز ذلك ويماقب من فعله من غير تفريق أيضاً وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى او شاء الله تعالى

(فصل) ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد لأحدهما خمسين ديناراً على ان يعتق نصيبه منه فأعتقه عتق وسرى إلى باقيه ان كان موسراً ورجع عليه شريكه بنصف الحسين وبنصف قيمة العبد لأن مافي يد العبد يكون بين سيديته لا ينفرد به أحدهما عن الآخر إلا ان نصيب المعتق ينفذ فيه
(المغني والشرح الكبير) ٣٩٥ (الجزء الثاني عشر)

كان العوض مستحقاً اذ لم يقع العتق على عينها وانما سمي خمسين ثم دفعها اليه وإن أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ويسري العتق الى نصيب شريكه فيرجع بقيمته ويكون الولاء للعتق

(فصل) ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه فقال الوكيل نصيبني حر عتق وسري الى نصيب شريكه ويكون الولاء له ، وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسري الى نصيبه والولاء للموكل وإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئاً احتمل أن ينصرف الى نصيبه لانه لا يحتاج الى نية ونصيب شريكه يقتدر الى النية ولم ينو ذلك واحتمل أن ينصرف الى نصيب شريكه لانه أمره بالاعتاق فنصرف الى ما أمر به ، ويحتمل أن ينصرف اليهما لانهما تساويا فانصرف اليهما وأيهما حكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ويحتمل أن لا يضمن لان الوكيل ان أعتق نصيبه فسري الى نصيب شريكه لم يضمنه لانه ما ذون له في العتق وقد أعتق بالسراية فلم يضمن كمن أذن له في اتلاف شيء فانه لا يضمنه وإن أتلفه بالسراية واذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان لانه مباشر لسبب الاتلاف فلم يجب له ضمان ما تلف به كما لو قال له أعتق عبدك فأعتقه والله أعلم

العتق وإن كان العوض مستحقاً اذ لم يقع العتق على عينها وانما سمي خمسين ثم دفعها اليه وإن أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ويسري العتق الى نصيب شريكه ويكون ولاؤه للعتق

(فصل) ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه فقال الوكيل نصيبني حر عتق وسري الى نصيب شريكه والولاء له وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسري الى نصيبه إن كان موسراً والولاء للموكل فإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئاً احتمل أن ينصرف الى نصيبه لانه لا يحتاج الى نية ونصيب شريكه يقتدر الى النية ولم ينو ويحتمل أن ينصرف الى نصيب شريكه لانه أمره بالاعتاق فنصرف الى ما أمر به ، ويحتمل أن ينصرف اليهما لانهما تساويا وحكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ، ويحتمل أن لا يضمن لان الوكيل اذا أعتق نصيبه فسري الى نصيب شريكه لم يضمنه لانه ما ذون له في العتق ، وقد أعتق بالسراية فلم يضمن كمن أذن له في اتلاف شيء فانه لا يضمنه وإن أتلفه بالسراية ، واذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان لانه مباشر لسبب الاتلاف فلم يجب له ضمان ما تلف به كما لو قال له أعتق عبدك فأعتقه



كتاب التديير

ومعنى التديير تعليق عتق عبده بموته والوفاء ببر الحياة يقال دابر الرجل يدابر مدايرة اذامات فسمي العتق بعد الموت تدييراً لانه اعتاق في دبر الحية والاصل فيه السنة والاجماع أما السنة فما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكه عن دبر منه فاحتاج فقال رسول الله ﷺ « من يشتريه مني؟ » فباعه من نعيم بن عبد الله بمائة درهم فدفعها اليه وقال « أنت أحوج منه » متفق عليه وأما الاجماع فقال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات والمدير يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين إن كان عليه وإنفاذ وصايا إن كان وصى وكان السيد بالغا جائز الأمر أن الحرية تجب له أولها

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا قل لعبده أو أمته أنت مدير أو قد دبرتك أو أنت حر بعد موتي فقد صار مديراً)

وجملة ذلك أنه إذا علق صريح العتق بالموت فقال أنت حر أو محرر أو عتق أو معتق بعد موتي صار مديراً بلا خلاف فعليه ، وأما إن قل أنت مدير أو قد دبرتك فانه يصير مديراً بنفس لافظ من غير افتقار الى نية وهذا منصوص الشافعي

(باب التديير)

وهو تعليق العتق بالموت وسمي تدييراً لان الوفاة دبر الحياة يقال دابر الرجل يدابر مدايرة اذا مات فسمي العتق بعد الموت تدييراً والاصل فيه السنة والاجماع أما السنة فما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكه عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ « من يشتريه مني؟ » فباعه من نعيم بن عبد الله بمائة درهم فدفعها اليه ، وقال « أنت أحوج منه » متفق عليه وقل ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات والمدير يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين إن كان عليه وإنفاذ وصاياه إن كان وصى وكان السيد بالغاً جائز الأمر انه تجب له الحرية أولها

﴿ مسألة ﴾ (ويعتبر من الثلث)

أنا يعتق المدير اذا خرج من الثلث في قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن علي وابن عمر وبه قال شريح وابن سيرين والجنين وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهري وقتادة وحمام ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

وقال بعض اصحابه فيه قول آخر أنه ليس بصريح في التدبير ويعتقر الى النية لانهما لفظان لم
يكثرا استعمالهما ففتقرا الى النية كالكنائيات
ولنا انهما لفظان وضعا لهذا العمد فلم يمتد الى النية كالبيع ويفارق الكنائيات فانها غير موضوعة
له ويشاركها فيه غيرها فافتقرت الى النية للتميين ويرجح أحد المحتملين بخلاف الموضوع
(فصل) ويعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال في قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن علي وابن
عمر وفيه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهري
وقتادة وحامد ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب
الرأي، وروى عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعي وسعيد بن جبير أنه يعتق من رأس المال
لأنه عتق فينفذ من رأس المال كالعتق في الصحة وعتق أم الولد
ولنا أنه تبرع بعد الموت فيكون من الثلث كالوصية وينارق العتق في الصحة فإنه لم يتعلق به حق
غير المعتق فينفذ في الجميع كالهبة المنجزة
وقد نقل حنبل عن أحمد أنه يعتق من رأس المال وليس عليها عمل قال أبو بكر هذا قول قديم
رجع عنه أحمد إلى ما نقله الجماعة

وروى ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعي وسعيد بن جبير أنه يعتق من رأس المال قياساً على
أم الولد وكألو أعتق في الصحة
ولنا أنه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ويفارق العتق في الصحة فإنه لم يتعلق به حق
غير المعتق فننفذ في الجميع كالهبة المنجزة والاستيلاد أقوى من التدبير لأنه ينفذ من المجنون بخلاف
التدبير، ونقل حنبل عن أحمد أنه يعتق من رأس المال ولا عمل عليها قل أبو بكر هذا قول قديم
رجع عنه إلى ما رواه الجماعة
(فصل) فإن اجتمع العتق في المرض والتدبير قدم العتق لأنه أسبق فإن اجتمع التدبير والوصية
باعتق تساويالانها جميعا عتق بعد الموت ويحتمل أن يقدم التدبير لأن الحرية تقع فيه عقيب الموت من
غير تأخر والوصية تقف على الاعتاق بعده
﴿مسئلة﴾ (ويصح من كل من تصح وصيته)

لأنه تبرع بالمال بعد الموت أشبه الوصية وقال الخريقي يصح تدبيره إذا جاوز العشر وكان يعرف
التدبير وكذلك الجارية إذا جاوزت التسع وقال الشافعي في أحد قولييه يصح تدبير الصبي المميز قال
بعض أصحابه هو أصح قولييه وهو إحدى الروايتين عن مالك وروى ذلك عن شريح وعبد الله بن عتبة
وقال الحسن وأبو حنيفة لا يصح تدبيره وهو إحدى الروايتين عن مالك والقول الثاني للشافعي لأنه
ليس باعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون

(فصل) وإن اجتمع العتق في المرض والتديير قدم العتق لانه أسبق وإن اجتمع التديير والوصية بالعتق تساويا لانهما جميعا عتق بعد الموت ويحتمل أن يقدم التديير لان الحرية تقع فيه عند الموت والوصية تنفذ على الاعتق بعده

(فصل) ويجوز انتديير مطلقاً ومقيداً فالطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر كقوله أنت حر بعد موتي والمقيد ضربان (أحدهما) خاص نحو ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او في بلدي هذا او عامي هذا فانت حر فهذا جائز على ما قول ان مات على الصفة التي شرطها عتق العبد والا لم يعتق وقال مهنا سألت احمد عن قال لعبدك أنت حر مدبر اليوم ؟ قل يكون مدبراً ذلك اليوم فان مات ذلك اليوم صار حراً يعني اذا مات المولى

(الضرب الثاني) ان يعلق التديير على صفة مثل أن يقول ان دخلت الدار أو ان قدم زيد او ان شفى الله مريضك فانت حر مدبر او فانت حر بعد موتي فهذا لا يصير مدبراً في الحال لانه علق التديير على شرط واذا صار مدبراً وعتق بموت سيده وإن لم يوجد الشرط في حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق لان اطلاق الشرط في حياة السيد يقتضي وجوده في الحياة بدليل ما لو لم يعلق عليه عتقاً منجزاً فقال اذا دخلت الدار فانت حر فدخلها بعد موته لم يعتق وكما لو قال لو كيله بيع عبيدي

ولنا ان عمر رضي الله عنه أجاز وصية غلام من الانصار لآخواله من غسان بارض يقال لها بئر جشم قومت ثلاثين الفاً رواه سعيد بن منصور وكان الغلام ابن عشر سنين وروي اثنتي عشرة ولم يعرف له مخالف والتديير في معنى الوصية وقد ذكرنا ذلك في كتاب الوصايا ويخالف التديير العتق في الحياة لان فيه تفويتا لماله في حياته ووقت حاجته والوصية والتديير لا ضرر عليه فيهما فإنه ان عاش لم يذهب شيء من ماله وان مات فهو غير مستغن عن الثواب فيكون ذلك زيادة في رفع درجته وإنما خص الخرق في ابن عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة والجارية بتسع لقول عائشة إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ولانه من يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام غير ذلك فأما المجنون فلا يصح شيء من تصرفاته فلذلك لم يصح تدييره ويصح تديير المحجور عليه للسفه لما ذكرنا في الصبي بل هو أولى بالصحة من الصبي لانه مكلف وحاجته الى الثواب أكثر من حاجة الصبي وصحة تديير السكران مبنية على صحته وصيته وقد ذكرناه وكل من صح تدييره فهو كالمكلف في صحته رجوعه قياساً عليه

(فصل) ويصح تديير الكافر ذمياً كان او حرياً في دار الاسلام وغيرها لان له ملكاً مباحاً فصح تصرفه فيه كالمسلم فان قيل لو كان ملكه صحيحاً لم يملك عليه بغير اختياره قلنا هذا لا ينافي الملك بدليل أنه يملك في النكاح وملك عليه زوجته بغير اختياره ، ويحكم تدييره بحكم تديير المسلم على ما نذكره

فأت الموكل قبل يمينه بطلت وكأته ، ولأن المدبر من علق عتقه بالموت وهذا قبل الموت لم يكن مدبراً
أو بعد الموت لا يمكن حدوث التدبير ، وإن قال ان دخلت الدار بعد موتي فأنت حر فذكر أبو الخطاب
فيها روايتين (أحدهما) لا يعتق وهو قياس المنصوص عنه في قوله أنت حر بعد موتي بيوم أو شهر فإنه
قال لا يعتق لانه علق العتق بصفة توجد في ملك غيره فلم يعتق كما لو قال ان دخلت الدار بعد بيعي إياك
فأنت حر ولانه اعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق كأنجز

(والثانية) يعتق وهو الذي ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه صرح بذلك فحمل عليه كما لو وصى
باعتاقه وكما لو وصى ببيع ساعة ويتصدق بشئها ويفارق التصرف بعد البيع فان الله تعالى جعل للانسان التصرف
بعد موته في شئ بخلاف ما بعد البيع والاول أصح ان شاء الله تعالى ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة لان الملك
لا يستقر للورثة فيه ولا يملكون التصرف فيه بخلاف سائر ما أقول لم يصل له ان تصرف في ثلثه قلنا انما تصرف
فيه تصرفاً ثابت عقيب موته ومنع انتقاله الى الورث وان ثبت للوارث فهو ثبوت غير مستقر وقد قيل
يكون مراعى إذا قبل الموصى له تبين ان الملك كان له من بين الموت وان لم يقبل تبين انه كان
للوارث فلي قولنا لا يعتق بالدخول بعد الموت للوارث ان تصرف فيه كيف شاء ومن صحح هذا
الشرط احتمل ان يمنع الوارث من التصرف في رقبته لانه يستحق العتق فأشبه الموصى بعتقه واحتمل

❖ مسألة ❖ وصريحه لفظ العتق والحرية المعنيين بالموت كقوله أنت حر أو عتق أو معتق أو
محرر بعد موتي فيصير بذلك مديراً بلا خلاف فله

وكذلك ان قل أنت مدبر أو قد دبرتك فإنه يصير مديراً بمجرد اللفظ وان لم ينو هذا منصوص
الشافعي وقل أصحابه فيه قول آخر انه ليس بصريح يقتصر الى النية لانها افغان لم يكثر استعمالها
فاقتصر الى النية كالكنائيات

ولنا أنهما لفظان وضما لهذا العقد فلم يقتصر الى النية كالبيع بخلاف الكنائيات فانها غير موضوعة
له ويشاركها فيه غيرها فافتقرت الى النية للتمييز وترجيح احد المحتملين بخلاف الموضوع فإنه لا
يفتقر الى النية كلفظ العتق

❖ مسألة ❖ (ويصح معاقلاً ومقيداً)

فالملق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر والمقيد ضربان أحدهما خاص مثل ان يقول ان مات
من مرضي هذا أو في بلدي هذا وفي عامي هذا أنت حر فهذا جائز على ما قال ان مات على الصفة التي
شرطها عتق العبد والا فلا وقل مهنا سألت أحمد عن قال لعبدك أنت مدبر قال يكون مديراً إذا كان
اليوم فان مات في ذلك اليوم صار حراً يعني اذا مات السيد

(الثاني) ان يعلق التدبير على صفة مثل ان يقول ان دخلت الدار فات مدبر أو ان قدم زيد
أو ان شفى الله مريضاً فأنت حر بعد موتي فهذا لا يصير مديراً في الحال لانه علق التدبير على شرط

ان لا يمنعه لانه علق عتقه على صفة غير المرت فلم يمنع من التصرف فيه كما لو قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر فأما كسبه قبل عتقه فهو للوارث لان الملك فيه مستقر قبل وجود الشرط كما لو كان الوارث هو الذي علق عتقه

(فصل) فان قال انت حر بعد موتي بشهر او قال بيوم فقال احمد في رواية منها لا يعتق ولا تصح هذه الصفة وقال أيضاً سألت أحمد عن رجل قال لعبد أنت حر بعد موتي بشهر بألف درهم فقال هذا كله لا يكون شيئاً بعد موته وهذا اختيار أبي بكر وذكر القاضيان ابن أبي موسى وابو يعلى فيها رواية أخرى انه يعتق اذا وجدت الصفتان الموت ومضي المدة المذكورة، وبهذا قال الثوري وابو يوسف واسحاق. ووجه الروايتين ما تقدم وقال أصحاب الرأي لا يعتق حتى يستقر الوارث وعلى قول من قال يعتق يكون قبل الموت ملكاً للوارث وكسبه له كأم الولد والمدير في حياة السيد، وان كان أمة فولدت قبل وجود الصفة فولدها يتبعها في التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هي.

فذا وجد صار مدبراً وعتق بموت سيده وان لم يوجد في حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق لان اطلاق الشرط يقتضي وجوده في الحياة بدليل ما لو علق عليه عتقا منجزاً فقل اذا دخلت الدار فانت حر فدخلها بعد موته لم يعتق ولان المدير من علق عتقه بالموت وهذا قبل الموت لم يكن مدبراً وبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير فيه

(فصل) فان قال لعبد إذا قرأت القرآن فانت حر بعد موتي فقرأ القرآن جميعه صار مدبراً وان قرأ بعضه لم يصير مدبراً، وان قال اذا قرأت قرآناً فانت حر بعد موتي فقرأ بعض القرآن صار مدبراً لانه في الاولى عرفه بالالف واللام للتقضية للاستغراق فعاد إلى جميعه وهما نكره فاقضي بعضه فان قيل فقد قال الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم — واذا قرأت القرآن جعلنا بينك وبين الذين لا يؤمنون بالآخرة حجاباً مستوراً) ولم يرد القرآن جميعه قلنا قضية اللفظ تتناول جميعه لان الالف واللام للاستغراق وانما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض في غير ذلك الموضع بغير دليل ولان قرينة الحال تقتضي قراءة جميعه لان الظاهر انه أراد ترغيبه في قراءة القرآن فتعلق الحرية به او مجازاته على قراءته بالحرية والظاهر انه لا يجازى بهذا الأمر الكثير ولا يرغب به إلا فيما يشق اما قراءة آية او آيتين فلا

﴿مسألة﴾ (وان قال متى شئت فأنت مدبر أو أنت حر بعد موتي او اذا شئت أو أي وقت شئت فهو تدبير بصفة فتي شاء في حياة سيده صار مدبراً يعتق بموته)

لان المشيئة هنا على التراخي فتي وجدت المشيئة وجد الشرط فهو كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي فدخلها في حياة السيد وان مات السيد قبل مشيئته بطالت الصفة كما لو مات في

(فصل) إذا قال لبعده إذا قرأت القرآن فانت حر بعد موتي ققرأ القرآن جميعه صار مدبراً وإن قراً بمضه لم يصير مدبراً وإن قال إذا قرأت قرآنًا فانت حر بعد موتي ققرأ بمض القرآن صار مدبراً لأنه في الأولى عرفه بالالف واللام المفتضية للاستغراق فعاد الى جميعه وههنا ذكره فأنقض بمضه، فإن قيل فقد قال الله تعالى (فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) وقال (وإذا قرأت القرآن جملنا بينك وبين الذين لا يؤمن بالآخرة حججاً مستورا) ولم يرد جميعه، قلنا قضية اللفظ تتناول جميعه لان الالف واللام للاستغراق وإنما حمل على بمضه بدليل فلا يحمل على البعض في غير ذلك الموضع بنير دليل ولان قرينة الحال تقتضي قراءة جميعه لان الظاهر انه اراد ترغييه في قراءة القرآن بتعليق الحرية به ومجازاته على قراءته بالحرية والظاهر انه لا يجازي بهذا الامر الكثير ولا يرغب به الا فيما يشق اما قراءته آية أو آيتين فلا

(فصل) فان قال لبعده ان شئت فانت حر بعد موتي أو اذا شئت او متى شئت او اي وقت شئت فانت حر بعد موتي فهو تدير بصفة فتى شاء في حياة سيده صار مدبراً يمتق بموت سيده كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي فدخلها في حياته وان مات السيد قبل مشيئته بعلمت الصفة كما لو مات في المسئلة الاخرى قبل دخول الدار وان قال متى شئت بعد موتي فانت حر أو أي وقت شئت بعد موتي فانت حر فهذا تعاقب للعتق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا انه لا يصح وان قول القاضي

في المسئلة الاخرى قبل دخول الدار وان قال متى شئت بعد موتي فانت حر أو أي وقت شئت بعد موتي فهو تعليق للعتق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا انه لا يصح، وقال القاضي يصح فعلى قوله يكون ذلك على التراخي فتى شاء بعد موت سيده عتق وما كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده لانه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فان في كسبه قبل القبول وجهين

(احدهما) يكون للموصى له لانا تبيننا ملكه حين الموت وههنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحداً لانه عتق معاق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحداً

(مسئلة) (وان قل ان شئت فانت مدبر فقياس المذهب انه على التراخي كقوله متى شئت) وقال ابو الخطاب ان شاء في المجلس صار مدبراً والا فلا وكذلك قال القاضي في قوله اذا شئت وإن شئت فانت حر بعد موتي على انه على الفور ان شاء في المجلس صار مدبراً والا بطلت الصفة ولم يصير مدبراً بالمشيئة بعده بناء على قوله اختاري نفسك فانه يقف على المجلس وهذا في معناه، وإن قال إن شئت بعد موتي أو اذا شئت بعد موتي فانت حر كان على الفور أيضاً فتى شاء عقيب موت سيده أو في المجلس صار حراً وان تراخت مشيئته عن المجلس لم يثبت فيه حرية وذكر في الطلاق أنه اذا قل أنت طالق إن شئت وشاء أبوك فشاء معاً وقع الطلاق سواء شاء على الفور او اتراخي أو شاء أحدهما على الفور والاخر على التراخي وهذا مثله فيخرج في كل مسئلة مثل ما ذكره في الاخرى

صحته ، فلي قوله يكون ذلك على التراخي فمتى شاء بعد موت سيده عتق وما كان له من كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده لانه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فان في كسبه قبل القبول وجهين (أحدهما) أنه يكون للموصى له لانتنا تبينا انه ملكه من حين الموت وههنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحداً لانه عتق معلق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحداً ، وذكر القاضي في قوله اذا شئت او ان شئت فانت حر بعد موتي انه على الفور فان شاء في المجلس صار مديراً وان تراخت المشيئة عن المجلس بطلت ولم يصير مديراً بالمشيئة بعده بناء على قوله اختاري نفسك فان الاختيار يقف على المجلس وهذا في معناه وان قال ان شئت بعد موتي او اذا شئت بعد موتي فانت حر كان على الفور أيضاً فمتى شاء عقيب موت سيده أوفي المجلس صار حراً وان تراخت مشيئته عن المجلس لم تثبت فيه حرية وقد ذكر في الطلاق انه اذا قال أنت طالق ان شئت وشاء أبوك فشاء معاً وقع الطلاق سواء شاء على الفور أو التراخي أو شاء احدهما على الفور والآخر على التراخي وهذا مثله فيخرج في كل مسألة مثل ما ذكر في الاخرى

(فصل) اذا قال لبعده اذا مت فانت حر او لا؟ او قال فانت حر؟ او لست بحر؟ لم يصير مديراً لانه استفهام ولم يقطع بالعتق فأشبه ما لو قال لزوجته انت طالق او لا؟ وقد ذكرنا ذلك في الطلاق (فصل) واذا دبر احد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير الى نصيب شريكه موسراً كمن او معسراً ، وذكر أبو الخطاب وجهاً أنه يسري تدبيره إذا كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه

(فصل) وإذا قل لبعده اذا مت فانت حر اولاً؟ او قال فانت حر؟ او لست بحر؟ لم يصير مديراً لأنه استفهام ولم يقطع بالعتق فهو كما لو قل لزوجته انت طالق اولاً؟ وسند ذكر ذلك في الطلاق (مسئلة) (واذا قال قد رجعت في تدويري أو ابطلته لم يبطل لأنه تعليق للعتق بصفة وعنه أنه يبطل كالوصية)

اختلفت الرواية عن احمد في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولاً فالصحيح انه لا يبطل لانعلق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قل ان دخلت الدار فانت حر (وانثانية) يبطل لانه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول كما لو وصى له بعبد آخر وهو قول الشافعي القديم وقوله الجديد كدرواية الاولى وهو الصحيح كتعليقه بصفة في الحياة ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه لانه لا يملك نفسه وانما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ولهذا لا تقف الحرية على قبوله واختياره وتجهز عقيب الموت كتجهزها عقيب سائر الشروط ولانه غير ممتنع أن يجمع الامرين فيثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويحتمل ان يحصل العتق بالموت .

وهو قول أبي حنيفة لانه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالاستيلاء وللشافعي قولان كالذهبيين ولنا أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتمليقه بدخول الدار ويفارق الاستيلاء فانه أكد ولهذا يعقب من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلائها ولا يجوز بيعها ، والمدير بخلاف ذلك فلي هذا ان مات المدير عتق نصيبه أن خرج من الثلث وهل يسري الى نصيب شريكه ان كان موبسراً ؟ فيه روايتان ذكرهما الخرقى في غير هذا الموضع وان اعتق الشريك نصيبه قبل موت المدير وهو موبس عتق وسرى الى نصيب المدير

وذكر القاضي وابو الخطاب فيها وجهين وللشافعي فيها قولان (أحدهما) كقولنا (والثاني) لا يسري عتقه وهو قول أبي حنيفة لان المدير قد استحق الولاء على العبد بموته فلم يكن للآخر ابطاله ولنا قوله عليه السلام « من اعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل واعطي شركاؤه حصصهم والا فقد عتق منه ما عتق » ولانه اذا سرى الى ابطال الملك الذي هو أكد من الولاء فالولاء أولى ، وما ذكروه لأصله ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة (فصل) وان دبر كل واحد منهما نصيبه فأت أحدهما عتق نصيبه وبقي نصيب الآخر على التدبير ان لم يف ثلثه بقيمة حصه شريكه وان كان يفني به فهل يسري العتق اليه ؟ على روايتين ، وان قال كل واحد منهما إذا متنا فأت حر فقال ابو بكر قال احمد إذا مات أحدهما فنصيبه حر وظاهر

(فصل) إذا قال السيد لمديره إذا أدبت الى ورثتي كذا فأت حر فهو رجوع عن التدبير وينبغي على الروايتين أن قلنا ان له الرجوع بالقول بطل التدبير وإن قلنا ليس له الرجوع لم يؤثر هذا القول شيئاً ، وان دبره كله ثم رجع في نصفه صح إذا قلنا بصحة الرجوع في جميعه لانه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه وان غير التدبير فكان مغالطاً فجعله مقيداً ان قلنا يصح الرجوع والا فلا فإن كان مقيداً فاطلقه صح على كل حال لانه زيادة فلا يمنع منها وإذا دبر الاخرس وكانت اشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير لان اشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق في احكامه وان دبر وهو ناطق ثم خرس صح رجوعه باشارته المعلومة أو كتابته وان لم تفهم اشارته فلا عبرة بها لانه لا يعلم رجوعه

(فصل) وإذا رهن المدير لم يبطل تدبيره لانه تمايق للعتق بصفة فإن مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركته قيمته فتكون رهنا مكانه لان عتقه بسبب من جهة سيده فاشبه ما لو باشره بالعتق ناجزاً .

(فصل) وان ارتد المدير ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لان ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع ان كان مقدوراً عليه فان سباه المسلمون لم يملكوه لانه مملوك لمصوم ويرد الى سيده ان علم به قبل قسمه ويستتاب فان تاب والا قتل وان لم يعلم به حتى قسم لم يردده

هذا أن أحد جعل هذا اللفظ تدبيراً من كل واحد منهما نصيبه ومعناه إذا مات كل واحد منا فنصيبه حر فانه قابل الجملة بالجملة فيصرف الى مقابلة البعض بالبعض كقوله ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم يريد لبس كل انسان ثوبه وركب دابته واخذ رماحه وكذلك إن قال أعتقوا عبيدكم كان معناه أعتق كل واحد عبده وقال القاضي هذا تعليق للحرية بموتها جميعاً وإنما قال أحمد يعتق نصيبه بناء على أن وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها ولا يصح هذا لأنه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل واحد منهما ولأننا قد أبطالنا هذا القول بما ذكرنا من قبل ومقتضى قول القاضي أن لا يعتق شيء منه قبل موتها جميعاً، وإن قال كل واحد منهما أردت أن العبد حر بعد آخرتنا موتاً أنبى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا الخلاف في ذلك فإن قلنا يجوز ذلك عتق بعد موت الآخر منها عليهما جميعاً وإن قلنا لا يصح ذلك عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير وفي سرائره الى باقية إن كان ثلثه محتمل ذلك وروايتان

وإن قال كل واحد منهما إذا مات قبل شريكي فنصبي له فإذا مات فهو حر وإن مات بعده فنصبي حر قيد وصي كل واحد منهما للآخر فإذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر فإذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه كله له إن قلنا لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت وإن قلنا يصح عتق عليهما وولاؤه بينهما

الى سيده في إحدى الروايتين والآخرى أن اختار سيده أخذه بالثمن الذي حسب به على أخذه أخذه وإن لم يختار أخذه بطل تدبيره ومتى عاد الى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وإن لم يعد الى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان رقيقاً لمن هو في يده وإن مات سيده قبل سيده عتق فإن سبي بعد هذا لم يرد الى ورثته سيده لأن ملكه زال عنه بحريته فصار كاحرار دار الحرب ولكن يستتاب فأن تاب وأسلم صار رقيقاً يقسم بين الغائبين وإن لم يتب قتل ولم يميز استرقاقه لأنه لا يقر على كفه . وقال القاضي لا يجوز استرقاقه إذا أسلم . وهو قول للشافعي لأن في استرقاقه إبطال ولاء المسلم الذي أعتقه .

ولنا أن هذا لا يمنع قتله واذهاب نفيه وولائه فلان لا يمنع تملكه أولى ولأن المملوك الذي لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغائبين إذا لم يعرف مالكه بعينه ويثبت فيه إذا قسم قبل العلم بمالكه والملك أكد من الولاء فلان يثبت مع الولاء وحده أولى فعلى هذا لو كان المدبر ذمياً فله حق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ملكوه وقسموه ، وعلى قول القاضي وقول الشافعي لا يملكوه فإن كان سيده ذمياً جاز استرقاقه في قول القاضي ولاصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان : (أحدهما) يجوز وهذا حجة عليهم لأن عصمة مال الذمي كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه سواء كان مسلماً أو ذمياً ووجوب ضمانه ونهجه بملك ماله إذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون

﴿ مسألة ﴾ قال (وله ييمه في الدين)

ظاهر كلام الحرقي انه لا يباع في الدين وقد أومأ إليه احمد وقال مالك لا يباع الا في دين يفلب رقة العبد فاذا كان العبد يساوي الفا فكان عليه خمسمائة لم يبع العبد وروي عن احمد انه قال انا ارى بيع المدير في الدين، واذا كان فقيراً لا يملك شيئاً رأيت أن ييمه لان النبي ﷺ قد باع المدير لما علم ان صاحبه لا يملك شيئاً غيره، باعه النبي ﷺ لما علم حاجته وهذا قول اسحاق وأبي أيوب وأبي خيثمة وقالوا ان باعه من غير حاجة أجزأه ونقل جماعة عن احمد جواز بيع المدير مطلقاً في الدين وغيره مع الحاجة وعدمها قال اسماعيل بن سعيد سألت احمد عن بيع المدير اذا كان بالرجل حاجة الى ثمنه قال له أن ييمه محتاجاً كان إلى ذلك او غير محتاج وهذا هو الصحيح

وروي مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعي وكره ييمه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهري والثوري والاوزاعي والحسن ابن صالح وأصحاب الرأي ومالك لان ابن عمر رضي الله عنهما روى ان النبي ﷺ قال « لا يباع المدير ولا يشتري » ولانه استحق العتق بموت سيده اشبهام الولد

فادركه صاحبه قبل قسمه قال القاضي الفرق بينهما أن سيده ههنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتيقه بخلاف المسلم قلنا انما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده واما إذا ارتد مدبره فن عصمة ولأنه ثابتة بعصمة من له ولاؤه وهو والمسلم في ذلك سواء فاذا جاز ابطال احدهما جاز في الآخر مثله

(فصل) فان ارتد سيد المدير فذكر القاضي ان المذهب أنه يكون موقوفاً فان عاد الى الاسلام فالتدبير باق بحاله والا تبينا ان ملكه لم يزل وان قتل او مات على رده لم يعتق المدير لانا تبينا أن ملكه زال برده وقال أبو بكر قياس قول أبي عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة فان عاد الى الاسلام استأنف التدبير وقال الشافعي التدبير باق ويعتق بموت سيده لان تدبيره سبق رده فهو كسيده وهبته قبل ارتداده وهذا ينبغي على اتمول في مال الارتد هل هو باق على ملكه أو قد زال برده ، وسيد كوفي باب المرتد، فلما ان دبر في حال رده فتدبيره مراعى ، ان عاد الى الاسلام تبينا ان تدبيره وقع صحيحاً وان قتل أو مات تبينا أنه وقع باطلاً ولم يعتق المدير ، وقال ابن أبي موسى تدبيره باطل وهو قول أبي بكر لان المال يزول بالردة وإذا أسلم رد اليه تملكه مستأنفاً

﴿ مسألة ﴾ (وله بيع المدير وهبته وان عاد اليه عاد التدبير وعنه لا يباع إلا في الدين وعنه لا يباع الا في الامه خاصة)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في بيع المدير فتدل عنه جماعة جواز بيعه مطلقاً في الدين

ولنا ما روى جابر رضي الله عنه أن رجلا اعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ «من يشتريه مني؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بمائة درهم فدفعها إليه وقال «أنت أحوج منه» متفق عليه قال جابر عبد قبطي مات عام أول في أماره بن الزبير وقال أبو إسحاق الجوزجاني سمعت أحاديث يبيع المدبر باستقامة الطارق والخبر إذا ثبت استغنى به عن غيره من رأي الناس ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية قال أحمد بن محمد يقولون من قال غلامي حر رأس الشهر فله يبعه قبل رأس الشهر وإن قال غدا فله يبعه اليوم وإن قال إذا مت قال لا يبيعه فالموت أكثر من الاجل ليس هذا قياسا إن جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل مجيء الموت وهم يقولون في من قال ان مت من مرضي هذا فبدي حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء وإن قال ان مت فهو حر لا يباع هذا متناقض إما أصله الوصية من اثالث فله أن يغير وصيته ما دام حيا فأما خبرهم فلم يصح عن النبي ﷺ إنما هو من قول ابن عمر وقال الطحاوي هو عن ابن عمر وليس بمسند عن النبي ﷺ ويحتمل أنه أراد بعد الموت أو على الاستحباب إمام الولد فان عتقها يثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ولا يمكن إبطاله بحال والتدبير بخلافه، ووجه قول الخري أن النبي ﷺ إنما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة

وغيره مع الحاجة وعدمها قال إسماعيل بن سعد سألت أحمد عن بيع المدبر إذا كان بالرجل حاجة إلى ثمنه فقال له أن يبيعه محتاجا كان أو غير محتاج قال شيعنا وهذا هو الصحيح . وروي مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعي وكره يبعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهري وأثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي ومالك لأن ابن عمر روى أن النبي ﷺ قال «لا يباع المدبر ولا يشتري» ولأنه استحق العتق بموت سيده أشبه أم الولد

ولنا ما روى جابر أن رجلا اعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ «من يشتريه مني؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بمائة درهم فدفعها إليه وقال «أنت أحوج منه» متفق عليه قال جابر عبد قبطي مات عام أول في أماره بن الزبير قال أبو إسحاق الجوزجاني سمعت أحاديث يبيع المدبر استقامة الطرق والخبر إذا ثبت استغنى به عن غيره من رأي الناس ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية قال أحمد بن محمد يقولون من قال غلامي حر رأس الشهر فله يبعه قبل رأس الشهر فإن قال غدا فله يبعه اليوم وإن قال إذا مت قال لا يبيعه فالموت أكثر من الاجل ليس هذا قياسا إن جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل مجيء الموت وهم يقولون في من قال ان مت

(مسئلة) قال (ولا تباع المدبرة في الدين الا في احدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله والرواية الاخرى الامة كالمدبر)

لا نعلم هذا التفريق بين المدبرة والمدبر عن غير ايماننا رحمه الله وانما احتاط في رواية النعم من بيعها لان فيه اباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطنها مع وقوع الخلاف في بيعها وحلها ففكره الاقدام على ذلك مع الاختلاف فيه والظاهر ان هذا النعم منه كان على سبيل الورع لا على التحريم البات فانه انما قال لا يعجنني بيعها والصحيح جواز بيعها فان عائشة باعت مدبرة لما سحرتها ولان المدبرة في معنى المدبر فما ثبت فيه ثبت فيها

(مسئلة) قال (فان اشتراه بعد ذلك رجع في التدبير)

وجملة ذلك ان السيد اذا دبر عبده ثم باعه ثم اشتراه عاد تدبيره لانه علق عتقه بصفة فاذا باعه ثم اشتراه عادت الصفة كما لو قال انت حر ان دخلت الدار ثم باعه ثم اشتراه وذكر القاضي أن هذا مبني على ان التدبير تعليق بصفة وفيه رواية اخرى أنه وصية فتبطل بالبيع ولا تعود لانه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه ومذهب الشافعي مثل هذا الا ان عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان والصحيح ما قال الحنفي لان التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه بل هو جامع للامرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمها فيه

من مرضي هذا فعندي حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء، فان قال ان مت فهو حر لا يباع هذا متناقض انما اصله الوصية من الثلث فله ان يغير وصيته ما دام حياً فاما خبرهم فلم يصح عن النبي ﷺ انما هو من قول ابن عمر قال الطحاوي هو عن ابن عمر وليس بمسند عن رسول الله ﷺ ويحتمل انه أراد بعد الموت أو على الاستحباب ولا يصح قياسه على أم الولد لان عتقها ثبت بغير اختيار سيدها وليس ببرع ويكون من جميع المال ولا يمكن إبطاله بحال والتدبير بخلافه والهبة كالبيع لانها تملك في الحياة فاشبهت البيع وروي عنه رواية ثانية أنه لا يباع إلا في الدين وهو ظاهر كلام الحنفي وقال مالك لا يباع إلا في دين يئلب رقبة العبد فاذا كان العبد يساوي الف وكان عليه خمسمائة لم يبع وروي عن أحمد انه قال انا أرى بيع المدبر في الدين وإذا كان فقيراً لا يملك شيئاً رأيت ان أبيع لان النبي ﷺ باع المدبر لما علم ان صاحبه لا يملك شيئاً غيره ، باعه النبي ﷺ لما علم من حاجته وهذا قول إسحاق وأبي أيوب وأبي خيشمة وقال ان باعه من غير حاجة أجزأه وهذا مثل الرواية الاولى، ووجه قول الحنفي والرواية التي قال أحمد انه يرى بيعه في الدين وإذا كان صاحبه فقيراً لا يملك غيره حديث جابر المذكور فان النبي ﷺ انما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة وعن أحمد رواية رابعة ان الامة لا تباع خاصة قال شيخنا لا نعلم هذا

﴿مسئلة﴾ قل (ولو دبره ثم قال قد رجعت في تديري او قد ابطلته لم يبطل لانه عاق
العتق بصفة في احدى الروايتين والاخرى يبطل التدبير)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولاً فالصحيح أنه لا يبطل لانه
علق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قال لمبده ان دخلت الدار فأنت حر واثانية يبطل لانه جعل له نفسه بعد
موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول كما لو وصى له بعبد آخر وهذا قول الشافعي القديم
وقوله الجديد كالرواية الاولى وهو الصحيح لانه تعليق للعتق بصفة ولا يصح القول بانه وصية
به لنفسه لانه لا يملك نفسه وانما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ولهذا لا تقف الحرية على قبوله
ولا اختياره وتنجز عقيب الموت كتجزها عقيب سائر الشروط ولانه غير ممتنع أن يجمع الامرين
فثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويجمعان في حصول العتق بالموت

(فصل) اذا قال السيد لمبده اذا أدبت إلى ورثتي كذا فانت حر فهو رجوع عن التدبير
وينبغي على الروايتين ان قلنا له الرجوع بالقول فظاهره انه بطل التدبير ههنا وإن قلنا ليس له الرجوع
لم يؤثر القول شيئاً وإن دبره كله ثم رجع في نصفه صح اذا قلنا له الرجوع في جميعه لانه لما صح أن
يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه وإن غير التدبير فكان مطلقاً فجعله مقيداً صار مقيداً

التفريق بين المدبر والمدبرة عن غير امامنا رحمه الله وانما احتاط في رواية للنعم من ييمها لان فيه
اباحة فرجها وتسليط مشترها على وطئها مع الخلاف في بيعها وحلها فذكره الاقدام على ذلك مع الاختلاف
فيه والظاهر ان المنع منه كان على سبيل الورع لاعلى التحريم فانه انما قال لا يعجبني بيعها والصحيح
جواز بيعها فان عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ولان المدبرة في معنى المدبر فثبت فيه ثبت فيها
﴿مسئلة﴾ (وان عاد اليه عاد التدبير)

لانه علق عتقه بصفة فاذا باعه ثم عاد اليه عادت الصفة كما لو قال انت حر ان دخلت الدار فباعه
ثم اشتراه وذكر انقاضي ان هذا مبني على ان التدبير تعليق بصفة وفيه رواية أخرى أنه وصية
فيبطل بالبيع ولا يعود لانه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه وهذا مذهب الشافعي
إلا ان عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان والصحيح ان الصفة تعود بعوده الى مملكته لان التدبير
وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه بل هو جامع لامرئين وغير
ممتنع وجوه الحكم بسبيين فيثبت حكمهما فيه

﴿مسئلة﴾ (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها ولا يتبعها ولدها من قبل التدبير)
وجملة ذلك ان الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين (أحدهما) ان يكون
مجهولاً حال تدبيرها ويعلم ذلك بان تأتي به لاقل من ستة أشهر من حين التدبير فهذا يدخل معناه في

ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير والا فلا ، وان كان مقيداً فاطلقه صح على كل حال لانه زيادة فلا يمنع منها واذا دبر الاخرس وكانت اشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير لان اشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق في أحكامه وان دبر وهو ناطق ثم صار آخرس صح رجوعه باشارته المعلومه أو كتابته ، وان لم تفهم اشارته فلا عبرة بها لانه لا يعلم رجوعه

(فصل) واذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لانه تعليق للمعتق بصفة فان مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركة سيده قيمته فتكون رهناً مكانه لان عتقه بسبب من جهة سيده فاشبه مالو باشره بالمعتق ناجزاً

(فصل) وإن ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لان ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالمعتق والهبة والبيع ان كان مقدوراً عليه فان نسيه المسلمون لم يملكوه لانه مملوك لمعصوم ويرد لى سيده ان علم به قبل قسمه ويستتاب فان تاب والا قتل وان لم يعلم به حتى قسم لم يرد الى سيده في احدى الروايتين

(والاخرى) ان اختار سيده أخذه الثمن الذي حسب به على أخذه أخذه وان لم يختار أخذه بطل تدبيره ومضى عاد الى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وان لم يعد الى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان

التدبير بنير خلاف فعله لانه كمضوم من أعضائها فان بطل التدبير في الام لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل في الولد لانه ثبت أصلاً (الحل الثاني) ان تحمل به بعد التدبير فهذا يتبع أمه في التدبير ويكون حكمه حكمها في المعتق بموت سيدها في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب والحسن واقاسم ومجاهد والشعبي والبخمي وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والثوري والحسن ابن صالح وأصحاب الرأي وذكر القاضي أن حنبلاً نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد اذا لم يشترط المولى قال فظاهر هذا أنه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وللشافعي قولان كاللذهيين (احدهما) لا يتبعها وهو اختيار الزني لان عتقها يتعلق بصفة ثبت بقول المعتق وحده فاشبهت من عاق عتقها بدخول الدار قال جابر بن زيد انما هو بمنزلة الحائض تصدقت به إذ امت فان ثمرته لك ماعشت ولان التدبير وصية وولد الوصى بها قبل الموت لسيدها

ولنا ما روي عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا ولد المدبرة بمنزلتها ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان اجماعاً ولان الام استحققت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كام الولد ويشارك التعليق بصفة في الحياة والوصية لان التدبير آكد من كل واحد منهما لانه اجتمع فيه الاحرار وما وجد فيه سببان آكد مما وجد فيه أحدهما ولذلك لا يبطل بالموت ولا بالرجوع عنه فعلى هذا ان بطل التدبير في الام لم ينفى اختصاصها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل في ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت

رقيقاً لمن هو في يده وان مات سيده قبل سيده عتق فان سبي بعد هذا لم يرد الى ورثة سيده لان ملكه زال عنه بحريته فصار كاحرار دار الحرب ولكن يستتاب فان تاب وأسلم صار رقيقاً يقسم بين الغائمين وان لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه لانه لا يجوز اقراره على كفره . وقال القاضي لا يجوز استرقاقه اذا أسلم وهو قول الشافعي لان في استرقاقه ابطال ولواء المسلم الذي أعتقه

ولنا ان هذا لا يمنع قتله واذهاب نفسه وولائه فلائ لا يمنع تملكه أولى ولان المملوك الذي لم يعتقه سيده ثبت الملك فيه للغائمين اذا لم يعرف ماله بملكه بيمينه ويثبت فيه اذا قسم قبل العلم بالملك والمالك أكد من الولاء فلائ يثبت مع الولاء وحده أولى

فعلى هذا لو كان المدبر ذمياً فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ماله وقسموه . وعلى قول القاضي ومذهب الشافعي لا يملكونه فان كان سيده ذمياً جاز استرقاقه في قول القاضي ولاصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان

(أحدهما) يجوز وهذا حجة عليهم لان عصمة مال الذي كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه سواء كان مسلماً أو ذمياً ووجوب ضمانه ونجزم تملك ماله اذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون فأدركه صاحبه قبل اقسمة

وقل القاضي الفرق بينهما أن سيده هبنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتقه بخلاف

أمه باقية على التدبير فان لم يتسع الثلث لها جميعاً أفرع بينهما قائمها خرجت القرعة له عتق ان احتمله الثلث والا عتق منه بقدر الثلث وان فضل من الثلث بعد عتقه شيء أكمل من الآخر كما لو دبر عبداً أو أمة فاما الولد الذي وجد قبل التدبير فلا يتبعه لانه لا يتبع في العتق المنجز ولا في حكم الاستيلاء ولا في الكتابة فان لا يتبع في التدبير أولى قل الميموني قات لاحمد ما كان من ولد المدبرة قبل ان تدبر قال لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك انما يتبعها ما كان بعد ما دبرت وذكر أن الخطاب رواية أخرى أنه يتبعها في التدبير كما الموجود بعده لان حبلاً قل سمعت عمي يقول في الرجل يدبر الجارية ولها ولد قل ولدها معها قال شيخنا وهذا بعيد والظاهر ان أحد انما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به في غير هذه الرواية فان ولدها لا يتبعها في شيء من الاسباب التي تنقل الملك في الرقبة من البيع والهبة والوقف ولا يتبعها في الاستيلاء الذي هو أكد من التدبير فان لا يتبعها في التدبير أولى (فصل) فاما ولد المدبر فخكه حكم امه بغير خلاف علمناه وهو قول ابن عمر وعطاء الزهري

والاوزاعي والليث لان الولد يتبع الام في الرق والحرية فان تسرى المدبر باذن سيده فولد له فروي عن أحمد أنهم يتبعونه في التدبير وروي ذلك عن مالك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان اباحة التسري تبى على ثبوت الملك وولد الحر من امته يتبعه في الحرية دون امه كذلك ولد المدبر

(اللفني والشرح الكبير)

المسلم قلنا انما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده وأما اذا ارتد مدبره فان عصمة ولائه ثابتة بعصمة من له ولاؤه وهو والمسلم في ذلك سواء فاذا جاز ابطال ولائه أحدهما جاز في الآخر مثله

(فصل) فان ارتد سيد المدبر فذكر القاضي أن المذهب انه يكون موقوفاً فان عاد إلى الاسلام فالتدبير باق بحاله لاننا تبينا أن ملكه لم يزل وإن قتل أو مات على رده لم يعتق المدبر لاننا تبينا أن ملكه زال برده

وقال أبو بكر قياس قول أبي عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة فان عاد إلى الاسلام استأنف التدبير وقال الشافعي التدبير باق ويعتق بموت سيده لأن تدبيره سبق رده فهو كبيعة وهبته قبل ارتداده وهذا ينبني على القول في مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال برده ؟ وقد ذكر في باب المرتد فأما إن دبر في حال رده فتدبيره مراعى فان عاد إلى الاسلام تبينا ان تدبيره وقع صحيحاً وإن قتل أو مات على رده تبينا انه وقع باطلا ولم يعتق المدبر
وقال ابن أبي موسى تدبيره باطل وهذا قول أبي بكر لأن الملك عنده يزول بالردة واذا أسلم رد اليه تملكاً مستأنفاً

امته يتبعه دونها ولأنه ولد من يستحق الحرية من امته فيتبعه في ذلك كولد المكاتب من امته (فصل) وإذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع لم يتبعها ولها لأن الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ففي الرجوع أولى فان رجع في تدبيرها جاز كما لو دبرها وابنه المنفصل وان دبرها حلاً لم يرجع في تدبيرها حل حملها لم يتبعها الولد في الرجوع لأن التدبير اعتق والاعتاق مبني على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه وهذا كما لو ولده تو مان ففر بأحدهما لحقاه جميعاً وان نفى أحدهما لم ينتف الآخر وان رجع في أحدهما دون الآخر جاز وان دبر الولد دون امه أو الأم دون ولدها جاز لأنه يجوز ان يعتق كل واحد منهما دون صاحبه بخلاف ان يدبر أحدهما دون صاحبه أولى ولأنه تعليق المعتق بصفة فجاز في أحدهما دون الآخر كالتعليق بدخول الدار وان دبر امته ثم قل ان دخلت الدار قد رجعت في تدبيره لم يصح لأن الرجوع لا يصح تعليقه بصفة وان قال كما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره لم يصح لذلك (فصل) إذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في ولدها فقالت ولدتهم بعد تدبيره فعتقوا معي وقال الورثة بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا فالقول قول الورثة مع إيمانهم لأن الأصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم فاذا لم تكن بينة فالقول قول من يوافق قوله الأصل (فصل) وكسب المدبر في حياة سيده لسيده له أخذه منه لأن التدبير لا يخرج عن شبهة بالوصية بالعق أو بالتعليق له على صفة أو بالاستيلاد وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر فان اختلف

﴿مسئلة﴾ قال (وما ولدت المدبرة بعد تديرها فولدها بمنزلتها)

وجاءته أن الولد الحادث من المدبرة بعد تديرها لا يخلو من حالين (أحدها) أن يكون موجوداً حال تديرها ويعلم ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة أشهر من حين التدير فهذا يدخل معها في التدير بلا خلاف تعلمه لأنه بمنزلة عضو من أعضائها فإن بطل التدير في الام بيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل في الولد لأنه ثبت فيه أصلاً (الحال الثاني) أن تحمل به بعد التدير فهذا يتبع أمه في التدير ويكون حكمه كحكمها في العتق بموت سيدها في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشافعي والنخعي وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والثوري والحسن بن صالح وأصحاب الرأي

وذكر القاضي أن حنبلاً نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد إذا لم يشترط المولى قال فظاهر هذا أنه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها وهذا قول جابر بن زيد وعطاء والشافعي قولان كأنه بين (أحدهما) لا يتبعها وهو اختيار المزني لأن عتقها معلق بصفة ثبت بقول العتق وحده فأشبهت من علق عتقها بدخول الدارق جابر بن زيد إنما هو بمنزلة الحائط تصدقت به إذا مات فإن ثمرته لك ما عشت ولأن التدير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها

هو وورثة سيده فما بيده بعد تته فقال كسبته بمد حريتي وقالوا بل قبلها فالقول قوله لأنه في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فإنه كان رقيقاً لهم فإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الورثة عند من يرى تقديم بينة الخارج وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل فإن أقر المدبر أن ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته فالقول قول الوارث لأن الأصل معهم وإن أقام المدبر بينة بدعواه قبات وتقدم على بينة الورثة إن كانت لهم بينة لأن بينته تشهد بزيادة وإن لم يقر المدبر بأنه كان له في حياة سيده فأقام الورثة بينة به فهل تسمع بينهم؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وله إصابة مدبرته فإن أولدها بطل تديرها)

يباح وطء أمته المدبرة، وقد روي عن ابن عمر أنه دبر امتين وكان يطؤها ومن رأى ذلك ابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والثوري ومالك والليث والأوزاعي والشافعي قال أحمد لا أعلم أحداً ذكره ذلك غير الزهري وحكي عن الأوزاعي أنه كان يقول إن كان يطؤها قبل تديرها فلا بأس بوطئها بعده وإن كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد التدير ولنا أنها مملوكة لم تشتت نفسها منه فخل له وطؤها لقول الله تعالى (أوما ملىكت أيمانهم فأنهم غير ملومين) وقياساً على أم الولد.

ولنا ما روي عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا ولد المدبرة بمنزلة ما ولد في الصحابة مخالفاً فكلن اجماعاً ، ولان الام استمحت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كالم الولد ويفارق التعاقب بصفة في الحياة والوصية من جهة أن التدبير أكد من كل واحد منهما لانه اجتمع فيه الامران وما وجد فيه سببان أكد مما وجد فيه أحدهما وكذلك لا تبطل بالموت ولا بالرجوع عنه فعلى هذا إن بطل التدبير في الام لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل في ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت أمه باقية على التدبير فان لم يتسع الثلث لها جميعاً أقرع بينهما فأيهما وقعت القرعة عليه عتق ان احتمله الثلث والا عتق منه بقدر الثلث وإن فضل من الثلث بعد عتقه شيء ككل من الآخر كما لو دبر عبداً وأمة معاً وأما الولد الذي وجد قبل التدبير فلا نعلم خلافاً في انه لا يتبعها لانه لا يتبع في العتق المنجز ولا في حكم الاستيلاد ولا في الكتابة فلان لا يتبع في التدبير أولى قال الميموني قلت لاحمد ما كان من ولد المدبرة قبل أن تدبر يتبعها قال لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك انما يتبعها ما كان بعد ما دبرت

وقال حنبل سمعت عبي يقول في الرجل يدبر الجارية ولها ولد ؟ قال ولدها معها ، وجعل ابو الخطاب هذه رواية في أن ولدها قبل التدبير يتبعها وهذا بعيد والظاهر ان احمد لم يرد أن ولدها قبل التدبير معها وانما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به في غير هذه الرواية فان ولدها الموجود

(فصل) وابنة المدبرة مثلها في حل وطؤها ان لم يكن وطئ أمها وعنه ليس له وطؤها لان حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد المكاتب . ولنا ان ملك سيدها تام فيها فحل له وطؤها للآية وكأما واستحقاقها الحرية لا يزيد على استحقاق أمها ولم يمنع ذلك وطؤها وأما ولد المكاتب فألحقت بأمها وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه محل وطؤها فيجب إلحاقها بها وكلام احمد محمول على انه وطئ أمها .

(فصل) فان اولدها بعد تدبيرها لان مقتضى التدبير العتق من الثلث بعد الموت والاستيلاد يقتضي ذلك مع تأكده وقوته فانها تعتق من رأس المال وان لم يملك غيرها ولا يمنع الدين عتقها فوجب ان يبطل به التدبير كمالك الرقبة اذا طرأ على ملك النكاح بطله .
﴿ مسألة ﴾ (وان كاتب الدبر أو دبر المكاتب جاز) .

اما تدبير المكاتب فهو صحيح ، لانعلم فيه خلافاً لانه تعليق لعتقه بصفة وهو يملك اعتاقه فملك التعليق وان كان وصية بما ملك وهو الاعتاق وتصح كتابة الدبر ، نص عليه احمد وهو قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن واغظ حديث أبي هريرة عن مجاهد قال دبرت امرأة من قريش خادماً لها ثم أرادت ان تكاتبه قل فكنت الرسول إلى أبي هريرة فقال كاتبه فان أدى كتابته فذلك وان حدث بك حدث عتق وأراه قال ما كان عليه له ، ولان التدبير ان كان عتقا بصفة

لاية. منها في عتق ولا كتابة ولا استيلاد ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الاسباب الناقلة للملك في الرقة

(فصل) فان علق عتق أمته بصفة نظرنا فان كانت حاملا حين التعليق تبعها فيه لانه كمضو من أعضائها وإن كانت حاملا حين وجود الصفة عتق معها لذلك وإن حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة لم يتبعها في الصفة ولم يعتق بوجودها ، وفيه وجه آخر انه يعتق بها ويتبع أمه في ذلك ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وجه اتباعه إياها أنها استحققت الحرية فتبعها ولدها كالمدررة

ولنا انه يملكها ملكا كاملا ويباح له انتصرف في رقبتها بأنواع التصرفات بغير خلاف فليعتق ولدها بنتها كالوصى بمقتها أو الموكل فيه وتنفارق المدررة فان التدبير أكد لما ذكرنا ولهذا اختلف في جواز بيعها والتصرف فيها

(فصل) فأما ولد المدبر فحكمه حكم أمه لا نعلم فيه خلافاً وهذا قول ابن عمرو عطاء والزهرى والاوزاعي والليث وذلك لان الولد يتبع الام في الرق والحرية وان تسرى باذن سيده فولد له أولاد فروي عن أحمد انهم يتبعونه في التدبير

وروي ذلك عن مالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان اباحة التسري تنبني على

لم يمنع الكتابة كالذي علق عتقه بدخول الدار وإن كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ولان التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع احدهما الآخر كتدبير المكاتب ، وذكر القاضي أن التدبير يبطل بالكتابة اذا قلنا هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام احمد وهو غير صحيح في نفسه ، ويفارق التدبير الوصية لرجل ، لان مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منها جميعاً العتق فاذا اجتمعا كما أكد لحصوله فانه متى فات عتقه باحدهما حصل بالآخر وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان لان الكتابة تراد للعتق والوصية تراد لحصول الملك فيه للوصى له ولا يجتمعان .

﴿مسئلة﴾ (فان أدى عتق بالكتابة وبطل التدبير وان مات سيده قبل الاداء عتق ان حمل الثلث ما بقي من كتابة وبطلت الكتابة وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ومقط من الكتابة بقدر ما عتق منه وكان على الكتابة فيما بقي .

(فصل) ومضى عتق بالتدبير كان مافي يده لسيده لانه كان له قبل العتق فيكون له بعد العتق كما لو لم يكن مكاتباً وبطلت الكتابة ذكره أصحابنا ومذهب الشافعي ان مافي يده له إذا لم يكن عجز ، قال شيخنا وعندي انه ينبغي ان يعتق ويتبعه ولده واكسابه لان السيد لا يملك ابطال كتابته لكونها عقداً لازماً من جهة وإنما يملك اسقاط حقه عليه فأما ما يستحقه المكاتب من أولاده واكسابه

ثبوت الملك وولد الحر من أمته يتبعه في الحرية دونها كذلك ولد المدبر من أمته يتبعه دونها ولأنه ولد من يستحق الحرية من أمته فيتبعه في ذلك كولد المكاتب من أمته (فصل) وإذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصفة الرجوع لم يتبعها ولدها لأن الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ففي الرجوع أولى وإن رجع في تدبيره وحده جاز لأنه إذا جاز الرجوع في الأم المباشرة بالتدبير ففي غيرها أولى وإن رجع في تدبيرها جاز كما لو دبرها وابنها المنفصل وإن دبرها حاملاً ثم رجع في تدبيرها حال حملها لم يتبعها الولد في الرجوع لأن التدبير اعتاق والاعتاق مبني على التغليب والسراية والرجوع عنه بمكس ذلك فلم يتبع الولد فيه وهذا كما لو ولد له توأمان فأقر أحدهما لزماء جميعاً وإن نفى أحدهما لم ينتف الآخر وإن رجع فيهما جميعاً جاز وإن رجع في أحدهما دون الآخر جاز وإن دبر الولد دون أمه أو الأم دون ولدها جاز لأنه يجوز أن يعتق كل واحد منهما دون صاحبه فجواز أن يدبر أحدهما دون صاحبه أولى ولأنه تعليق العتق بصفة فجاز في أحدهما دون الآخر كالتعليق بدخول الدار وإن دبر أمته ثم قل أن دخلت الدار فقد رجعت في تدبيره لم يصح لأن الرجوع لا يصح تعليقه بصفة وإن قال كما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره لم يصح لذلك .

فلا يتمكن السيد من أخذه ويصير كما لو أبرأه من مال الكتابة ويحتمل أن يريد بالبطلان زوال المقدور سقط أحكامه .

﴿مسئلة﴾ (وإذا دبر شركاً له في عبد لم يسر إلى نصيب شريكه وإن اعتق شريكه سرى إلى المدبر وغرم قيمته لسيده ويحتمل أن يسري في الأول دون الثاني) .

وجملة ذلك أنه إذا دبر أحد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير إلى نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً ، وذكر أبو الخطاب وجهاً أنه يسري تدبيره إذا كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالاستيلاد وللشافعي قولان كالْمُذْهِبِينَ .

ولنا أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ويفارق الاستيلاد فإنه أكد ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها والمدبر بخلاف ذلك فعلى هذا إن مات المدبر عتق نصيبه إن خرج من الثلث وهل يسري إلى نصيب شريكه إن كان موسراً فيه روايتان ذكرناهما في كتاب العتق فإن اعتق الشريك نصيبه قبل موت السيد وهو موسر عتق وسرى إلى نصيب المدبر ، وذكر القاضي وأبو الخطاب فيه وجهين وللشافعي فيها قولان . (أحدهما) (كقولنا) (والثاني) لا يسري عتقه وهو قول أبي حنيفة ، لأن في المدبر قد انقضى سبب الولاء على العبد فلم يكن للآخر إبطاله

(فصل) وإذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في ولدها فقالت ولدتهم بعد تدبيري ففتقوا مدي وقال الورثة بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا فالقول قول الورثة مع أيمانهم لأن الأصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم فإذا لم تكن بينة فالقول قول من يوافق قوله الأصل (فصل) وكسب المدير في حياة سيده لسيد له أخذه منه لأن التدبير لا يخرج عن شبهة بالوصية بالعتق أو بالتعليق له على صفة أو بالاستيلاء وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدير فإن اختلف هو وورثة سيده فيما في يده بعد عتقه فقال كسبته بعد حريري وقالوا بل قبل ذلك فالقول قوله لأنه

ولنا حديث ابن عمر الذي ذكرناه في سراية العتق إلى نصيب الشريك إذا كان موسراً ولأنه إذا سرى إلى أبطال الملك الذي هو آكد من الولاء فالولاء أولى وما ذكره لأصل له ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة .

(فصل) إذا دبر كل واحد من الشريكين نصيبه فأت أحدهما عتق نصيبه وبقي نصيب الآخر على التدبير أن لم يف ثلثه بقيمة حصه شريكه وإن كان ينبغي به فهل يسري؟ على روايتين ذكرناهما وإن قال كل واحد منهما إذا مات فأت حر فقال أبو بكر قال أحمد إذا مات أحدهما فنصيبه حر فظاهر هذا أن أحمد جعل هذا اللفظ تدبيراً من كل واحد منهما لنصيبه ومعناه إذا مات كل واحد منا فنصيبه حر فنه قابل الجلة بالجملة فينصرف إلى مقابلة البعض ببعض كقولهم ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم يريد لبس كل إنسان ثوبه وركب دابته وكذلك لو قل اعتقوا عبيدكم كان معناه أعتق كل واحد عبده ، وكل القاضي هذا تعليق للحرية بمرتها جميعاً وإن قال أحمد يعتق نصيبه بناء على أن وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها قال شيخنا ولا يصح هذا لأنه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل منهما وسنبين هذا القول بما نذكر من بعده ، ومقتضى قول القاضي أن لا يعتق شيء منه قبل موتهما جميعاً ، فإن قال كل واحد منهما أردت أن العبد حر بعد آخرنا موتاً أنبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا الخلاف في ذلك فإن قلنا يجوز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعاً ، وإن قلنا لا يصح عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير وفي سرايته إلى باقيه إن كان ثمة يحتل ذلك روايتان ، وإن قال كل واحد منهما إذا مات قبل شريكي فنصيبه له فإذا مات فهو حر وإن مات بعده فنصيبه حر فقد وصى كل واحد منهما الآخر فإذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر فإذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه له كله إن قلنا لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت وإن قلنا لا يصح عتق عليهما ولاؤه بينهما .

﴿مسألة﴾ وإذا أسلم مديبر الكافر لم يقر في يده وترك في يده عدل ينطق عليه من كسبه وما فضل لسيدته وإن أعوز فعليه تمامه إلا أن يرجع في التدبير وتقول بصحة رجوعه فيجبر على بيعه وجلته أنه إذا أسلم مديبر الكافر أمر بإزالة ملكه عنه لئلا يبقى الكافر مالاً أسلم كغير

في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فانه كان رقيقا لم فان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الورثة عند من يقدم بينة الخارج وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل وان أقر المدبر ان ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته فلقول قول الوارث لأن الاصل معهم فان أقام المدبر بينة بدعواه قبلت وتقدم على بينة الورثة ان كانت لم بينة لان بينة المدبر تشهد بزيادة وان لم يقر المدبر بأنه كان في يده في حياة سيده فاقام الورثة بينة به فهل تسمع بينتهم؟ على وجهين :

(مسئلة) قال (وله اصابة مدبرته)

يعني له وطؤها روي عن ابن عمر أنه دبر أمتين وكان يطؤها ومن رأى ذلك ابن عباس، وسعيد بن المسيب وعطاء والثوري والنخعي ومالك والاوزاعي والليث والشافعي قال أحد لا أعلم أحداً كره ذلك غير الزهري وحكي عن الاوزاعي أنه كان يقول ان كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده وان كان لا يطؤها قبله لم يعأها بعد تدبيرها ولنا أنها مملوكة لم تشتت نفسها منه فحل له وطؤها لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم فاتهم غير ملومين) وكلام الولد

المدبر اذا قلنا بجواز بيعه ويحتمل ان يترك في يد عدل وينفق عليه من كسبه فان لم يكن له كسب أجبر سيده على الاتفاق عليه لانه ملكه ، وبه قول ابو حنيفة والشافعي في أحد قوله بناء على أن المدبر لا يجوز بيعه ولان في بيعه ابطال سبب العتق فكل ان بقاؤه أصلح كأمر الولد فان قلنا ببيعته فباعه بطل تدبيره وان قلنا يترك في يد عدل فانه يستتيب من يتولى استعماله واكتسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فليسيده وان لم يف كسبه بنفقته فالباقي على سيده وان اتفق هو وسيده على الخارجة جاز وينفق على نفسه مما فضل من كسبه فاذا مات سيده عتق ان خرج من الثلث والا عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة ان كانوا كفاراً وان اسلموا بعد الموت ترك فان رجع سيده في تدبيره، وقلنا بصحة رجوعه يبيع عليه وان كان المدبر مستأنفاً فأراد الرجوع به الى دار الحرب ولم يكن اسلم لم نمنه منه ، ان كان قد اسلم منع لانا نحول بينه وبينه في دار الاسلام فأولى ان يمنع من التمكن منه في دار الحرب .

❖ مسئلة ❖ (ومن أنكر التدبير لم يحكم عايه الا بشاهدين وهل يحكم بشاهد وامرأتين او شاهد وبين العبد؟ على روايتين)

اذا ادعى العبد على سيده انه دبره صححت دعواه لانه يدعي استحقاق العتق ويحتمل ان لا تصح الدعوى لان السيد اذا أنكر التدبير كان بمنزلة النكار الوصية وانكار الوصية رجوع عنها في أحد الوجهين

(فصل) وابنة الدبيرة كامها في حل وطئها ان لم يكن وطئ امها وعنه ليس له وطؤها لان حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد المكاتبه

وانما ان ملك سيدها تام عليها فحل له وطؤها للآية وكامها واستحقاقها الحرية لا يزيد على استحقاق امها ولم يمنع ذلك وطأها . وأما ولد المكاتبه فالحقت بامها وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه يحل وطؤها فيجب الحاقها بها وكلام احمد محمول على أنه وطئ امها فحرمت عليه لذلك.

(مسئلة) قل (ومن أنكر التدير لم يحكم عليه إلا بشاهدين عدلين أو شاهد، عين المبد)

وجلته أن المبد إذا ادعى على سيده أنه دبره فدعواه صحيحة لانه يدعي استحقاق العتق ويحتمل أن لا تصح الدعوى لان السيد اذا أنكر انتدير كان بمنزلة انكار الوصية وانكار الوصية رجوع عنها في أحد الوجهين فيكون انكار انتدير رجوعاً عنه والرجوع عنه يبطله في أحد الوجهين فتبطل الدعوى والصحيح أن الدعوى صحيحة لان الصحيح ان الرجوع عن انتدير لا يبطله وإن أبطله فما ثبت كون الانكار رجوعاً ولو ثبت ذلك فلا يتعين الانكار جواباً للدعوى فإنه يجوز أن يكون جوابها اقراراً فاذا ثبت هذا فإن السيد ان أقر فلا كلام وان أنكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول النكر مع يمينه

فيكون انكار انتدير رجوعاً عنه والرجوع عنه يبطله في إحدى الروايتين والصحيح ان الدعوى صحيحة لان الرجوع عن انتدير لا يبطله في الصحيح من المذهب ولو أبطله فما ثبت كون الانكار رجوعاً ولو ثبت ذلك فلا يتعين الانكار جواباً للدعوى فإنه يجوز ان يقر إذا ثبت هذا فإن أقر السيد فلا كلام وان أنكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول السيد مع يمينه لان الأصل عدمه فان كانت للعبد بينة حكم بها ويقبل فيها شاهدان عدلان بغير خلاف فان لم يكن الا شاهد واحد وقال انا اخلف معه أو شاهد وامرأتان لم يحكم له به في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان الثابت به الحرية وكل الاحكام وهذا ليس بمثل ولا المقصود منه المأل ويطاع عليه الرجال في غالب الاحوال أشبه النكاح والطلاق

(واثنية) ثبت بذلك لانه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فأشبه البيع وهذا أجود لان البينة انما تراد لاثبات الحكم على الشهود عليه وهو في حقه ازالة ملكه عن ماله فثبت بهذا وان حصل به غرض آخر للشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ولان العتق مما يشوف اليه وينبغي على التغليب والسراية فينبغي ان يسهل طريق اثباته وان كان الاختلاف بين المبد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الاختلاف مع السيد الا ان الدعوى صحيحة بغير خلاف لانهم لا يملكون الرجوع واثباتهم (المغني والشرح الكبير) (٤٢) (الجزء الثاني عشر)

لان الاصل عدمه وان كانت للعبد بينة حكم بها ويقبل فيه شاهدان عدلان بالاخلاف وان لم يكن له الا شاهد واحد وقل أنا أحلف معه أو شاهد وأمرأتان ففيه روايتان :

(احدهما) لا يحكم به وهو مذهب الشافعي لان الثابت به الجرية وكال الاحكام وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فأشبهه النكاح والطلاق (والثانية) يثبت بذلك لانه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فأشبهه البيع وهذا أجود لان البينة إنما تراد لإثبات الحكم على المشهود عليه. وهي في حقه إزالة ملكه عن ماله فثبت بهذا وإن حصل به غرض آخر للمشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ولان العتق مما يتشوف اليه وينفي على التغليب والسراية فينبغي أن يسهل طريق اثباته وإن كان الاختلاف بين العبيد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الخلاف مع السيد إلا أن الدعوى صحيحة بغير خلاف لانهم لا يملكون الرجوع وأيمانهم على نفي العلم لان الخلاف في فعل موروثهم وأيمانهم على نفي فعله وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه وكذلك إن أقر لان اعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل

على نفي العلم لان الخلاف في فعل موروثهم وإيمانهم على نفي فعله وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه وكذلك إن أقر لان اعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل

(فصل) اذا دبر عبده ومات وله مال سواه يعني بثلاثي ماله الا انه غائب أو دين في ذمة انسان لم يعتق من المدير الاثثة لجواز ان يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولم تثلثها فلا يجوز ان يحصل على جميعها لكنه يستحق عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين لان ثلثه حر على كل حال لان اسوأ الاحوال ان لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه وفي ذلك خلاف ذكرناه في باب الموصى به فيما إذا وصى له بمعين ولم يكن له سوى المعين الا مال غائب أو دين وهذا مثله في اعتباره من الثلث اذا ثبت هذا فان العبد اذا عتق كله بقدم الغائب أو استيفاء الدين تبيننا انه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له لانه إنما عتق بالتدبير ووجود الشرط الذي علق عليه السيد حريته وهو الموت وإنما اوقفناه للشك في خروجه من الثلث فاذا زال الشك تبيننا انه كان حاصلاً قبل زوال الشك وان تلف المال تبيننا انه كان ثلثاه رقيقاً ولم يعتق منه سوى ثلثه وان تلف بعض المال رق من المدير ما زاد على قدر ثلث الحاصل من المال (فصل) فان دبر عبيدين وله دين يخرجان من ثلث المال اذا حصل أقرعنا بينهما فعتق من تخرج له القرعة قدر ثلثها وكان باقيه والعبد الاخر موقوفاً فاذا استوفي من الدين شيء كل من

(م- ثلثة) قال (واذا دبر عبده ومات وله مال غائب أو دين في ذمة موسر أو معسر عتق من المدبر ثلثه وكلما اقتضي من دينه شيء أو حضر من ماله الغائب شيء عتق من المدبر مقدار ثلثه كذلك من يعتق الثلث حتى كله)

وجملة ذلك أن السيد إذا دبر عبده ومات وله مال سواء بقي بثلثي ماله إلا أنه غائب أو دين في ذمة إنسان لم يعتق جميع العبد لجواز أن يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولهم ثلثاها فلا يجوز أن يحصل على جميعها ولكنه يتجزع عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين لأن ثلثه حر على كل حال لأن أسوأ الأحوال أن لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه كما لو لم يكن له مال سواء وكذا اقتضي من الدين شيء أو حضر من الغائب شيء عتق من المدبر قدر ثلثه فإذا كانت قيمته مائة وقدم من الغائب مائة عتق ثلثه الثاني فإذا قدمت مائة أخرى عتق ثلثه الباقي وإن بقي له دين بعد ذلك أو مال غائب لم يؤثر بقاءه لأن الحاصل من المال يخرج المدبر كله من ثلثه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ولهم وجه آخر لا يعتق منه شيء حتى يستوفى من الدين شيء أو يقدم من الغائب شيء فيعتق من العبد قدر نصفه لأن الورثة لم يحصل لهم شيء والعبد شريكهم فلا يجوز أن يحصل على شيء ما لم يحصل لهم مثله فان تلف الغائب ويُس من استيفاء الدين عتق ثلثه حينئذ وما كواثابه لأن العبد صار جميع التركة وهذا لا يصح لأن ثلث العبد خارج من الثلث يقينا

عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه وما فضل عتق من الآخر كذلك حتى يعتقا جميعاً أو مقدار الثلث منها فان تعذر استيفاء الدين لم يزد العتق على مقدار ثلثها فان خرج الذي وقعت له القرعة مستحقاً بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه

(فصل) إذا دبر عبداً قيمته مائة وله مائة دينا عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه على استيفاء الباقي وإن كانت له مائة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثه ووقف عتقه على استيفاء الدين

(فصل) وإن دبر عبده وقيمه مائة وله ابنان ومائتان دينا على أحدهما عتق من المدبر ثلثاه لأن حصته الذي عليه الدين منه كالمستوفى ويسقط عن الذي عليه الدين منه نصفه لأنه قدر حصته من الميراث ويبقى للآخر عليه مائة كلما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه فان كانت المائتان ديناً على الاثنين بالسوية عتق المدبر كله لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل له ذلك بسقوطه من دينه (فصل) إذا دبر عبداً قيمته مائة وخلف ابنين ومائتي درهم دينا له على أحدهما ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان للوصى سدس العبد وللابن ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفاً لأن الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك

وانما الشك في الزيادة عليه وما خرج من الثلث يقيناً يجب أن يكون يتيماً حراً لان التدبير صحيح ولا خلاف في أنه ينفذ في الثلث ووقف هذا الثلث عن العتق مع يقين حصول العتق فيه ووجود المقتضي له وعدم الفائدة في وقفه لا معنى له وكون الورثة لم يحصل لهم شيء لمعنى اختصاص بهم لا يوجب أن لا يحصل له شيء مع عدم ذلك المعنى فيه ألا ترى انه لو أبرأ غريمه من دينه وهو جميع التركة فإنه يبرأ من ثلثه ولم يحصل للورثة شيء؟ ولو كان الدين مؤجلاً فأبرأه منه برىء من ثلثه في الحال وتأخر استيفاء الثلثين الى الاجل ، ولو كان الغريم معسراً برىء من ثلثه في الحال وتأخر الباقي الى الميسرة ولان تأخير عتق الثلث لا فائدة للورثة فيه ويفوت نفعه للمدبر فينبغي أن لا يثبت فإذا ثبت هذا فان العبد اذا عتق كله بقدوم الغائب او استيفاء الدين تبيننا انه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له لانه انما عتق بالتدبير ووجود الشرط الذي علق عليه السيد حريته وهو الموت وانما وقفناه للشك في خروجه من الثلث فإذا زال الشك تبيننا انه كن حاصلاً قبل زوال الشك ، وإن تلف المال تبيننا انه كان ثلثاه رقيقاً ولم يعتق منه سوى ثلثه ، وإن تلف بعض المال رق من المدبر ما زاد على قدر ثلث الحاصل من المال

(فصل) وإن كان المدبر عبدین وله دين يخرجان من ثلث المال على تقدير حصوله فترعنا بينهما فيعتق ممن تخرج له القرعة قدر ثلثها وكان باقية والعبد الآخر موقوفاً فإذا استوفى من الدين شيء

مقسوم بين المدبر والوصي نصفين فحصة المدبر منه ثلثه يعتق في الحال ويبقى له سدسه موقوفاً فكما اقتضي من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون المستوفى بين الابن والوصي اثلاثاً فإذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكل المدبر عتق نصفه وحصل للوصي ثلث المائة وسدس العبد وهو قدر حقه وان كان الدين على أجنبي لم يعتق من المدبر الا سدسه لان الحاصل من التركة هو العبد وثبته بينه وبين الوصي الآخر والوصي سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثلثه موقوفاً فكما اقتضي من الدين شيء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفى بين الابن والوصي اسداساً للوصي سدسه ولها خمسة اسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائة وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل للوصي سدس العبد وهو قدر حقه ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه

﴿ مسألة ﴾ (واذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره لامرين)

(أحدهما) انه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب بنقيض قصده وهو إبطال التدبير كمنع

الميراث بقتل الوروث ولان العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفي بالقتل كالارث والوصية

(والثاني) ان التدبير وصية فيعطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق ام الوالد كونها

أكد فانها صارت بالاستيلاء بخلاف لا يمكن نقل الملك فيها ولذلك لم يجز بيعها ولا هبتها ولا رهنها

كل من عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه وما فضل عتق من الآخر كذلك حتى يمتتا جميعاً أو مقدار الثلث منهما ، وإن تملز استيفاء الدين لم يرد العتق على قدر ثلثها وإن خرج الذي وقعت له القرعة مستحقاً بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه

(فصل) وإذا دبر عبداً قيمته مائة وله مائة ديناً عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه على استيفاء الثلث الباقي وإذا كانت له مئة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثه ووقف عتق ثلثه على استيفاء الدين (فصل) وإن دبر عبده وقيمته مائة وله ابنان وله مائتان ديناً على أحدهما عتق من المدبر ثلثه لأن حصه الذي عليه الدين منه كالستوى ويسقط عن الذي عليه الدين منه نصفه لأنه قدر حصته من البراث ويبقى الآخر عليه مائة كما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه وإن كانت المائتان ديناً على الابنين بالسوية عتق المدبر كله لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل ذلك بسقوطه من ذمته (فصل) فإن دبر عبداً قيمته مائة وخلف ابنين ومائتي درهم ديناً له على أحدهما ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان الموصى له سدس العبد والابنين ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفاً لأن الحاصل من المال ثلثه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك مقسوم بين المدبر والوصي نصفين فحصة المدبر منه ثلثه يعتق في الحل ويبقى له السدس موقوفاً فكلاً اقتضي من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون الستوى بين الابنين والوصي أثلاثاً

ولا الرجوع عن ذلك القول ولا غيره والارث نوع من النقل فلو لم تعتق بموت سيدها انتقل الملك فيها إلى الوارث ولا سبيل إليه بخلاف المدبر ولأن سبب حرية أم الولد الفعل والبعضية الذي حصلت بينهما وبين سيدها بواسطة ولدها وهو أكد من القول ولهذا نذ استيلاء المجنون ولم ينفذ اعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاء المعسر إلى نصيب شريكه بخلاف الاعتاق وعتقت من رأس المال والتدبير لا ينفذ إلا في الثلث ولا يملك الغرماء ابطال عتقها وإن كان سيدها مقلداً للمدبر ولا يبرم الحكم في موضع تأكد الحكم فيما دونه كما يلزم الحاقه به في هذه المواضع التي اختلف فيها. إذا ثبت هذا فلا فرق بين كونه عمداً أو خطأ كما لا فرق في ذلك في حرمان الارث وابطال وصية القاتل

(فصل) فأما سائر جنائياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره لكن إن كانت جنائية موجبة للمال أو للقصاص فعن الولي إلى المال تعلق المال برقبته فمن جوز بيعه جمل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع في الجاية وبين فدائه فإن سلمه في الجناية فبيع فيها بطل تدبيره وإن عاد إلى سيده عاد تدبيره وإن اختار فداءه وفداه بما يفدى به فهو مدبر بحاله ومن لم يجز بيعه أو جبر فداءه على سيده كام الولد وإن كانت الجنائية موجبة للقصاص فاقصص منه في النفس بطل تدبيره وإن اقتصص منه في الطرف فهو مدبر بحاله وإذا مات سيده بعد جنائيته وقبل استيفائها عتق على كل حال سواء كانت موجبة للمال أو للقصاص لأن صفة العتق وجدت فيه فأشبهه ما لو باشره به فإن الواجب قصاصاً استوفى سواء كانت

فاذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكل في المدبر عتق نصفه وحصل للوصي سدس العبد وثلث المائة وهو قدر حقه وان كان الدين على أجنبي لم يعتق من المدبر الا سدسه لان الحاصل من التركة هو العبد وثاته بينه وبين الوصي الآخر وللوصي سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثلثه موقوفا فكلما اقتضي من الدين شيء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفى بين الابنين والوصي اسداسا للوصي سدسه ولها خمسة اسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائة وثلاثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل للوصي سدس المائتين وسدس العبد وهو قدر حقه ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه

(مسئلة) قال (واذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره جائزا اذا كان له عشر سنين فصاعدا وكان يعرف التدبير وما قلته في الرجل فالمرأة مثله اذا كان لها تسع سنين فصاعدا)

وجملته ان تدبير الصبي المميز ووصيته جائزة وهذا احدى الروايتين عن مالك وأجدقولي الشافعي قال بعض أصحابه هو اصح قوله

وروي ذلك عن عمر وشريح وعبد الله بن عتبة ، وقال الحسن وابو حنيفة لا يصح تدبيره كالمجنون وهو الرواية الثانية عن مالك والقول الثاني للشافعي لانه لا يصح اعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون ولنا ما روى سعيد عن هشيم عن يحيى عن ابن سعيد عن ابي بكر بن محمد ان غلاما من الانصار اوصى لاهوال له من غسان بارض يقال لها بئر جشم قومت بثلاثين ألفا فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فاجاز الوصية قال يحيى بن سعيد وكان الغلام ابن عشر سنين او اثنتي عشرة سنة

وروي ان قوما سألوا عمر رضي الله عنه عن غلام من غسان يافع وصى لبنت عمه فاجاز عمر وصيته ولم نعرف له مخالفاً ولان صحة وصيته وتدبيره أحظ له ييقن لانه ما دام باقياً لا يلزمه فاذا مات كان ذلك صلة وأجراً فصح كوصية المحجور عليه لسفه ويخالف العتق لان فيه تفويت ما له عليه في حياته ووقت حاجته فلما تقييد من يصح تدبيره بمن له عشر فلقول النبي ﷺ « اضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع » وهو الذي ورد فيه الخبر عن عمر رضي الله عنه واعتبر المرأة بتسع لقول عائشة رضي الله عنها اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ويروى ذلك عن النبي ﷺ مرفوعا ولانه السن الذي يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام سوى ذلك

جنايته على عبد أو حر لان القصاص قد استقر وجوبه عليه في حال رقه فلا يسقط بمحدث الحرية فيه وان كان الواجب عليه مالا في رقبته فدي باقل الامر من قيمته أو ارش جنايته وان جني على ائدبر فارش الجناية لسيدته فان كانت الجناية على نفسه وجبت قيمته لسيدته وبطل التدبير بهلاكه فان قيل فهلا جعلت قيمته فائمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف؛

(فصل) ويصح منه الرجوع ان قلنا بصحة الرجوع من المكلف لان من صحت وصيته صح رجوعه كالكاف وان اراد بيع المدبر قام وليه في بيعه مقامه وان اذن له وليه في بيعه فباعه صح منه (فصل) ويصح تدبير المحجور عليه لسفه ووصيته لما ذكرنا في الصبي ولا تصح وصية المجنون ولا تدبيره لانه لا يصح شيء من تصرفاته وان كان يمين يوماً ويفيق يوماً صح تدبيره في افاقته (فصل) ويصح تدبير الكافر ذمياً كان أو حريباً في دار الاسلام ودار الحرب لان له ملكاً صحيحاً فصح تصرفه فيه كالمسلم فان قيل لو كان ملكه صحيحاً لم يملك عليه بغير اختياره قلنا هذا لا ينافي الملك بدليل انه يملك في النكاح ويملك زوجته عليه بغير اختياره ومن عليه الدين اذا امتنع من قضائه أخذ من ماله بقدر ما عليه بغير اختياره وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما ذكرنا فان أسلم مدبر الكافر بازالة ملكه عنه وأجبر عليه لثلاث يتي الكافر مالاً للمسلم كغير المدبر، ويحتمل ان يترك في يد عدل، يتفق عليه من كسبه فان لم يكن له كسب أجبر سيده على الاتفاق عليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه بناء على ان بيع المدبر غير جائز ولان في بيعه ابطال سبب العتق وإزالة غرضيته فكل ابقاؤه أصلح فتمتعين كام الولد فان قلنا ببيعه فباعه بطل تدبيره وان قلنا يترك في يد عدل فانه يستنصب من يتولى استعماله واستكسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فليسيده وان لم يف بنفقته فالباقي على سيده وان اتفق هو وسيده على المحارجة بخاز وينفق على نفسه مما قبل من كسبه فاذا مات سيده عتق ان خرج من الثلث وإلا عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة ان كانوا كفاراً وان أسلموا بعد الموت ترك وان رجع سيده في تدبيره وقتلنا بصحة الرجوع بيع عليه وان كان المدبر كمستأمن وأراد ان يرجع به إلى دار الحرب ولم يكن أسلم لم يمنع من ذلك وان كان قد أسلم منع منه لاننا نحول بينه وبينه في دار الاسلام وتولي ان يمنع من التمكن به في دار الحرب

(مسئلة) قال (واذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره)

انما يبطل تدبيره بقتله سيده لمعينين (احدهما) أنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فموجب ينقيض قصده وهو ابطال التدبير كمنع الميراث بقتل الموروث ولان العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفي بالقتل كالارث والوصية (والثاني) ان التدبير وصية فتبطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق ام الولد لكونه أكد فانها صارت بالاستيلاء بحال لا يمكن نقل الملك فيها بحال ولذلك لم يجز

قلنا الفرق بينهما من ثلاثة أوجه

(احدها) ان كل واحد من الوقف والرهن لازم فتملحق الحق بيدله والتدبير غير لازم لانه يمكن

ابطاله بالبيع وغيره فلم يتماق الحق بيدله

(اثنائي) ان الحق في التدبير للمدبر فبطل حقه بفوات مستحقه والبطل لا يقوم مقامه في

بيها ولا هبتها ولا رهنها ولا الرجوع عن ذلك بالقول ولا غيره والارث نوع من النقل فلو لم تعتق بموت سيدها لا تنقل الملك فيها الى الوارث ولا سبيل اليه بخلاف المدبر ولان سبب حرية ام الولد الفعل والبضية التي حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها وهذا أكد من اقول ولهذا انعد استيلاء المجنون ولم ينفذ اعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاء المعسر الى نصيب شريكه بخلاف الاعتاق وعقت من رأس المال وانتدبر لا ينفذ الا في الثلث ولا يملك الغرماء ابطال عتقها وان كان سيدها مفلسا بخلاف المدبر ولا يلزم من الحكم في موضع تأكد الحكم فيما دونه كما لم يلزم الحاقه به في هذه المواضع التي افرقا فيها إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون القتل عمداً أو خطأ كما لا فرق بين ذلك في حرمان الارث وابطال وصية القاتل

(فصل) فاما سائر جنایاته غیر قتل سیده فلا تبطل تدبيره لكن ان كانت جنایة موجبة للمال أو موجبة لتقصاض فضا الولي الى مال تعلق اذ ان برقبته فن جوز بيعه جعل سيد بالخيارين تسليمه فيباع في الجنایة وبين فدائه ذن سلم في الجنایة فيبيع فيها بطل تدبيره وان عاد الى سيد عاده تدبيره وان اختار فداؤه وفداؤه بما يقضى به العبد فهو مدير بحاله ومن لم يجوز بيعه عين فداؤه على سيد كالم الولد وان كانت الجنایة موجبة لتقصاض فقتص منه في النفس بطل تدبيره وان اقتص منه في الطرف فهو مدير بحاله واذا مات سيد بعد جنایته وقبل استيفائها عتق على كل حل سواء كانت موجبة للمال أو اقتصاص لان صفة العتق وجدت فيه فشيء ماله باشره به فان كان الواجب قصاصا استوفى سواء كانت جنایته على عبد أو حر لان اقتصاص قد استقر وجوبه عليه في حال رقته فلا يسقط بمحدث الحرية فيه وان كان الواجب عليه مالا في رقبته فذی باقى الامرین من قيمته أو أرش جنایته وان جني على المدبر قرش الجنایة لسیده فان كانت الجنایة على نفسه وجبت قيمته لسیده وبطل التدبير بهلاكه فان قيل فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالمبدل الرهن والموقوف اذا جني عليه ؟ قلنا الفرق بينهما من ثلاثة أوجه (أحدها) ان كل واحد من الوقف والرهن لازم فتعلق الحق ببطله والتدبير غير لازم لانه يمكن ابعاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببطله (الثاني) ان الحق في التدبير للمدبر فبطل حقه بفوات مستحقته والبدل لا يقوم مقامه في الاستحقاق والحق في الوقف للموقوف عليه وفي الرهن للرهن وهو باق فيثبت حقه في بدل محل حقه

(الثالث) أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سیده فاذا هلك قبل سيد فقد هلك قبل ثبوت

الاستحقاق والحق في الوقف للموقوف عليه وفي الرهن للرهن وهو باق فيثبت حقه في بدل محل حقه (الثالث) ان المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سیده فاذا هلك قبل سيد فقد هلك قبل ثبوت الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف فان الحق ثابت فيهما فقام بدلها مقامهما وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو ان الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام

الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف فان الحق ثابت فيها فقام بدلها مقامها وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو ان الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام المدبر فيه وان أخذ عبداً مكانه فليس هو البديل إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن فان القيمة يجوز أن تكون رهناً فان قيل فهذا يلزم عليه الموقوف فانه إذا قتل أخذت قيمته فاشترى بها عبد يكون وقفاً مكانه قلنا قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع أن يحصل الفرق بينه وبين الرهن به .

(فصل) وإذا دبر السيد عبده ثم كاتبه ، جاز نص عليه احمد وهذا قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن ولغظ حديث أبي هريرة عن مجاهد قال دبرت امرأة من قريش خادماً لها ثم أرادت أن تكاتبه قال فكنت الرسول إلى أبي هريرة فقال كاتبيه فان أدى كتابته فذاك وان حدث بك حدث عتق قال وأراه قال على ما كان عليه ولان التدبير ان كان عتقاً بصفة لم يمنع الكتابة كالذي علق عتقه بدخول الدار وان كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ولان التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير المكاتب ، وذكرنا في أن التدبير يبطل بالكتابة إذا قلنا هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام احمد وهو غير صحيح في نفسه ويفارق التدبير الوصية به لرجل ، لان مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعاً العتق فإذا اجتمعا كان آكد لحصوله فانه إذا فات عتقه من أحدهما حصل بالآخر وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان ، لأن الكتابة تراد للعتق والوصية تراد لحصول الملك فيه للموصى له ولا يجتمعان اذا ثبت هذا فانه ان أدى في حياة السيد صار حراً بالكتابة وبطل التدبير وإن مات السيد قبل الأثناء عتق بالتدبير ان خرج من الثلث وبطلت الكتابة وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي ، فان أدى البعض ثم مات سيده عتق كله وسقط باقي الكتابة ان خرج من الثلث ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط ما بقي من الكتابة بقدر ثلث المال وأدى ما بقي .

المدبر فيه وان أخذ عبداً مكانه فليس هو البديل إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن فان القيمة يجوز أن تكون رهناً فان قيل فهذا يلزم عليه الموقوف فانه إذا قتل أخذت قيمته فاشترى بها عبد يكون وقفاً مكانه قلنا قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع أن يحصل الفرق بينه وبين الرهن به والله أعلم

كتاب المطالب

الكتابة اعتاق السيد عبده على مال في ذمة يؤدي مؤجلاً، سميت كتابة لان السيد يكتب بينه وبينه كتاباً بما اتفقا عليه وقيل سميت كتابة من الكتب وهو الضم لان المكاتب يضم بعض النجوم إلى بعض ومنه سمي الخرز كتاباً لانه يضم أحد الطرفين إلى الآخر بخززه وقال الحريري .
وكاتبين وما خطت أناملهم خرقاً ولا قرأوا ما خط في الكتب
وقال ذو الرمة في ذلك المعنى .

وفراء عرفت أنأى خوارزها مثلث صنعته بينها الكتب
يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها وسميت الكتبية كنية لانضمام بعضها إلى بعض
والمكاتب يضم بعض نجومه إلى بعض والنجوم ههنا الاوقات المختلفة لان العرب كانت لا تعرف
الحساب وإنما تعرف الاوقات بطولع النجوم كما قال بعضهم .

إذا سهيل أول الليل طلع فابن اللبون الحق والحق جذع
فسميت الاوقات نجوماً والاصل في الكتابة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله
تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكان يوم ان علمتم فيهم خيراً) وأما السنة فما روى

﴿ باب الكتابة ﴾

الكتابة اعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدي في نجوم ، سميت كتابة لان السيد يكتب
بينه وبينه كتاباً بما اتفقا عليه وقيل سميت كتابة من "كتب" وهو الضم لان المكاتب يضم بعض
النجوم الى بعض ومنه سمي الخرز كتاباً لانه يضم احد طرفيه الى الآخر بخززه قال الحريري
وكاتبين وما خطت أناملهم حرقاً ولا قرأوا ما خط في الكتب
وقال ذو الرمة :

وفراء عرفت أنأى خوارزها مثلث صنعته بينها الكتب
يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها وسميت الكتبية كنية لانضمام بعضها الى بعض والمكاتب
يضم نجومه بعضها الى بعض والنجوم ههنا الاوقات المختلفة لان العرب كانت لا تعرف الحساب
وإنما تعرف الاوقات بطولع "نجوم" كما قال بعضهم

إذا سهيل أول الليل طلع فابن اللبون الحق والحق جذع
فسميت الاوقات نجوماً والاصل في الكتابة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله
تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكان يوم ان علمتم فيهم خيراً) وأما السنة فمروى

سعيد عن سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال إذا كان لاحدا كن مكاتب فلك ما يؤدي فلتحتجب منه وروى سهل بن حنيف أن النبي ﷺ قال « من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابته أظله الله يوم لا ظل الاظله » في أحاديث كثيرة سواها . وأجمت الامة على مشروعية الكتابة

(فصل) إذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له إجابته إذا علم فيه خيراً ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنها واجبة إذا دعا العبد المكتسب الصدوق سيده إليها فعليه إجابته وهو قول عطاء والضحاك وعمر بن دينار وداود وقال إسحاق إختي أن يأثم إن لم يفعل ولا يجبر عليه ووجه ذلك قول الله تعالى (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) وظاهر الأمر الوجوب وروى أن سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبداً لأنس بن مالك فسأله أن يكتبه فأبى فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) فكاتبه أنس

ولنا إنه إعتاق بموض فلم يجب كالأستسما والآية محمولة على التدب وقول عمر رضي الله عنه يخالف فعل أنس ولا خلاف بينهم في أن من لاخير فيه لا يجب إجابته قال أحمد الخير صدق وصالح

سعيد عن سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال « إذا كان لاحدا كن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » رواه أبو داود وابن ماجه وروى سهل بن حنيف أن النبي ﷺ قال « من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابته أظله الله يوم لا ظل الاظله » في أحاديث كثيرة سواها وأجمت الامة على مشروعية الكتابة ﴿مسئلة﴾ (وهي مستحبة إن يعلم فيه خير وهو الكسب والامانة وعنه أنها واجبة إذا ابتغها من سيده أجبر عليها)

إذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له إجابته إذا علم فيه خيراً ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنها واجبة إذا دعا العبد المكتسب سيده إليها وهو قول عطاء والضحاك وعمر بن دينار وداود وقال إسحاق إختي أن يأثم إن لم يفعل ولا يجبر عليها . ووجه ذلك قول الله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) وظاهر الأمر الوجوب وروى أن سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبداً لأنس بن مالك فسأله أن يكتبه فأبى فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) فكاتبه أنس

ووفاء بمال الكتابة ونحو هذا قال ابراهيم وعمرو بن دينار وغيرها وعبارتهم في ذلك مختلفة قال ابن عباس غني وإعطاء للمال وقال مجاهد غني وأداء وقال النخعي صدق ووفاء وقال عمرو بن دينار مال وصلاح وقال الشافعي قوة على الكسب وامانة وهل تكره كتابة من لا كسب له اولاً؟ قال القاضي ظاهر كلام أحمد كراهيته وكان ابن عمر رضي الله عنه يكرهه وهو قول مسروق والاوزاعي وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يكره ولم يكرهه الشافعي وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم لأن جويرية بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس الانصاري فأتت النبي ﷺ تستعينه في كتابتها فادى عنها كتابتها وتزوجها واحتج ابن المنذر بأن بريرة كاتبته ولا حرقة لها ولم ينكر ذلك رسول الله ﷺ ووجه الاول ما ذكرنا في عتقه وينبغي ان ينظر في المكاتب فإن كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لمجزه من الاتفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته وان كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته لحصول النفع بالحرية من غير ضرر فاما جويرية فانها كانت ذات أهل ومال وكانت ابنة سيد قومه فاذا عتقت رجعت الى أهلها فاخلف الله لها خيراً من أهلها فتزوجها رسول الله ﷺ وصارت إحدى امهات المؤمنين وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومها حين بلغهم ان رسول الله ﷺ تزوجها وقلوا اصهار رسول الله ﷺ فلم ير امرأة اعظم بركة على قومها منها وأما بريرة فان كتابتها تدل على اباحة ذلك وانه ليس بمنكر ولا خلاف فيه وانما الخلاف

ولنا انه اعتاق بعوض فلم يجب عليه كلاً استسماً والاية محمولة على الندب وقول عمر يخالفه فعل أنس قال أحمد الخير صدق وصلاح ووفاء بمال الكتابة ونحو هذا قال ابراهيم وعمرو بن دينار وغيرها وعبارتهم في ذلك مختلفة وقيل قوة على الكسب والامانة قال الشافعي وقال ابن عباس غني واعطاء المال ، وقال مجاهد غني وأداء ، وقال النخعي صدق ووفاء ولا خلاف بينهم في أن من لا خير فيه لا يجب اجابته

❦مسئلة❧ (وهل تكره كتابة من لا كسب له ؟ على روايتين)

قال القاضي ظاهر كلام أحمد كراهته وكان ابن عمر يكرهه وهو قول مسروق والاوزاعي وعن أحمد أنه لا يكره ولم يكرهه الشافعي واسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم لأن جويرية بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس فأتت النبي ﷺ تستعينه في كتابتها فادى عنها كتابتها وتزوجها واحتج ابن المنذر بأن بريرة كاتبته ولا حرقة لها فلم ينكر ذلك رسول الله ﷺ ووجه الاول ما ذكرنا في عتقه قال شيخنا وينبغي ان ينظر في المكاتب فإن كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لمجزه من الاتفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته وان كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته لحصول النفع بالحرية من غير ضرر فاما جويرية فانها كانت ذات أهل وكانت ابنة سيد قومه فاذا عتقت رجعت الى أهلها فاخلف الله لها خيراً من أهلها فتزوجها رسول الله ﷺ

في كراهته وقال مسروق إذا سأل العبد مولاه المكتبة فإن كان له مكسبة أو كان له مال فليكتبه وإن لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكافئه إلا طاقته

(فصل) ولا تصح الكتابة إلا ممن يصح تصرفه فاما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرفيقتهما ولا مكاتبتهما سيدهما لهما وأما الصبي المميز فإن كاتب عبده بأذن وليه صح ويحتمل أن لا يصح بناء على قولنا إنه لا يصح بيعه بأذن وليه ولأن هذا عقد اعتاق فلم يصح منه كالتق بغير مال فاما أن لم يأذن وليه فيه فلا يصح بحال وإن كان المميز سيده صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح فيها جميعاً بحال لأنه ليس بمكلف فاشبه المجنون

ولنا أنه يصح تصرفه وبيعه بأذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) والابتلاء الاختبار به بتفويض التصرف إليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه أو لا؟ وإيجاب السيد لعبده المميز المكتبة إذن له في قبولها إذا ثبت هذا فإن كان السيد المكاتب طفلاً أو مجنوناً فلا حكم لتصرفه ولا قوله وإن كاتب المكلف عبده الطفل أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة لأنه لاحق لقولها ولكن إن قال إن أدبنا إلي فأنما حران فاديا عتق بالصفة لا بالكتابة وما في أيديهما لسيدهما وإن لم يقل ذلك لم يعتق ذكره أبو بكر وقال القاضي

وصارت إحدى أمهات المؤمنين وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومها حين بلغهم أن رسول الله ﷺ تزوجها وقالوا اصهار رسول الله ﷺ فلم تر امرأة أعظم بركة على قومها منها وأما بريرة فإن كتابتها تدل على إباحة ذلك وأنه ليس بمنكر ولا خلاف فيه وإنما الخلاف في كراهته قال مسروق إذا سأل العبد مولاه المكتبة فإن كان له مكسبة أو كان له مال فليكتبه وإن لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكافئه إلا طاقته

﴿مسألة﴾ (ولا يصح إلا من جاز التصرف فاما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرفيقتهما ولا مكاتبتهما سيدهما لهما لأن الكتابة تقل الملك بموضع فلا تصح منها كالبيع

﴿مسألة﴾ (فإن كاتب المميز عبده بأذن وليه صح ويحتمل أن لا يصح بناء على قولنا إنه لا

يصح بيعه بأذن وليه ولأنه عقد اعتاق فلم يصح منه كالتق بغير مال ولا يصح بغير إذن وليه بحال

﴿مسألة﴾ (وإن كاتب السيد عبده المميز صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح

فيها جميعاً بحال لأنه ليس بمكلف أشبه المجنون

ولنا أنه يصح تصرفه وبيعه بأذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل صحة

تصرفه قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) والابتلاء الاختبار به بتفويض التصرف

إليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه أو لا؟ وإيجاب السيد لعبده

يمتقان ، وهو مذهب الشافعي لان الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال ان ادبت إلي فأنت حر .

ولنا انه ليس بصفة صريحاً ولا معنى وإنما هو عقد باطل فأشبهه البيع الباطل .

(فصل) وإذا كاتب الذي عبده المسلم صح لانه عقد معاوضة او عتق بصفة وكلاهما يصبح منه وإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر في العقد فان كان موافقاً للشرع أمضاه سواء ترافعا قبل اسلامهما أو بعده وإن كاتب كتابة فاسدة مثل أن يكون العوض خمرآ أو خنزيراً أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل .

(أحدها) أن يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصل لان ماتم في حال الكفر لا ينتقض الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الاسلام أو بعده .

(الثانية) تقابضا بعد الاسلام ثم ترافعا إلى الحاكم فانه يعتق أيضاً لان هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الاسلام على ما سنده كره ان شاء الله تعالى .

(الثالثة) ترافعا قبل قبض العوض الفاسد او قبض بعضه فان الحاكم يرفع هذه الكتابة ويطلبها لانها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ولا فرق بين اسلامهما أو اسلام احدهما فيما ذكرناه لان التغليب لحكم الاسلام ، وقال ابو حنيفة إذا كاتبه على خمر ثم اسلم لم يفسد العقد

المميز المكتبة أذن له في قبولها . إذا ثبت هذا فان كان السيد المكاتب طفلاً أو مجنوناً فلا حكم لتصرفه ولا قوله وان كتب المكلف عبده المكلف أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم المكتبة الصحيحة ولا الفاسدة لانه لا حكم لقولها لكن ان قل ان أدبتا إلي فأنتا حران فاديا عتقا بالصفة لا بالكتابة وما في أيديهما لسيدهما وان لم يقل ذلك لم يعتقا ذكره أبو بكر وقال القاضي يمتقان وهو مذهب الشافعي لان الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال ان أدبت إلي فأنت حر

ولنا انه ليس بصفة صريحاً ولا معنى وإنما هو عقد باطل فأشبهه البيع الباطل

(فصل) إذا كاتب الذي عبده ثم أسلم صح لانه عقد معاوضة او عتق بصفة وكلاهما يصبح منه فإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر في العقد فان كان موافقاً للشرع أمضاه وان كانت كتابته فاسدة مثل ان يكون العوض خمرآ أو خنزيراً أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل

(أحدها) ان يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصل لان ماتم في حال الكفر لا ينتقض الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الاسلام أو بعده

(الثانية) تقابضا بعد الاسلام ثم ترافعا إلى الحاكم فانه يعتق لان هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الاسلام على ما سنده كره ان شاء الله تعالى

ويؤدي قيمة الخمر لان الكتابة كالنكاح ولو أمهرها خمرآ ثم أسلمها بطل الخمر ولم يبطل النكاح ولنا ان هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسداً فاذا أسلمها قبل التقايض أو أحدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح فانه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحاً وإسليم مكاتب الذي لم تنسخ الكتابة لانها وقعت صحيحة ولا يجبر على إزالة ملكه لانه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه فن عجز أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ، وإن اشترى مسلماً فكاتبه لم تصح الكتابة لان الشراء باطل ولم يثبت له به ملك وإن أسلم عبده فكاتبه بعد إسلامه لم تصح كتابته لانه يلزمه إزالة ملكه عنه والكتابة لا تنزل الملك فان المكاتب عبد مابق عليه درهم ، وقال القاضي له كتابته لانه يخرج بها عن تصرف سيده فيه فان عجز عاد رقيقا قنا وأجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ .

(فصل) وان كاتب الحربي عبده صحت كتابته سواء كان في دار الحرب أو دار الاسلام، وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح لان ملكه ناقص وحكي عن مالك انه لا يملك بدليل أن المسلم يملكه عليه ولنا قول الله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) وهذه الاضافة اليهم تقتضي صحة أملاكهم فتقتضي صحة تصرفاتهم فاذا ثبت هذا فاذا كاتب عبده ثم دخلا مستأمنين اليها لم يتعرض الحاكم لها وان ترافعا اليه نظر بينهما فان كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها وان كانت فاسدة بين لها

(وثالثة) ترافعا قبل قبض العوض الفاسد أو قبض بعضه فان الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها لانها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ولا فرق بين اسلامها أو اسلام أحدهما فيما ذكرناه من التغايب بحكم الاسلام وقال ابو حنيفة إذا كاتبه على خمر ثم أسلم لم يفسد العقد ويؤدي قيمة الخمر لان الكتابة كالنكاح ولو مهرها خمرآ ثم أسلمها لم يفسد العقد ويبطل الخمر ولنا ان هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسداً فاذا أسلمها قبل التقايض أو أحدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح فانه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحاً وان أسلم مكاتب الذي لم تنسخ الكتابة لانها وقعت صحيحة ولا يجبر على إزالة ملكه لانه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه فن عجز أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ فان اشترى مسلماً فكاتبه لم تصح الكتابة لان الشراء باطل لم يثبت له به ملك وإن أسلم عبده فكاتبه بعد إسلامه لم تصح كتابته لان الكتابة لا تنزل الملك . وقال القاضي له ذلك وقد ذكرناه في كتاب البيع فان عجز عاد رقيقا قنا وأجبر على إزالة ملكه عنه

(فصل) وتصح كتابة الحربي عبده في دار الحرب وفي دار الاسلام ، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تصح لان ملكه ناقص وحكي عن مالك انه لا يملك ذلك بدليل أن المسلم يملكه عليه ولنا قوله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) وهذه الاضافة اليهم تقتضي صحة أملاكهم فتقتضي صحة تصرفاتهم . إذا ثبت هذا فاذا كاتب عبده قد دخلا مستأمنين اليها لم يتعرض الحاكم لها وان ترافعا اليه نظر بينهما فان كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها وان كانت فاسدة بين لها فسادها

فسادها وان جاء وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة لان العبد ان قهر سيده ملكه فبطلت كتابته لخروجه عن ملك سيده وان قهره السيد على ابطال الكتابة ورده رقيقاً. بطلت لان دار الكفر دار قهر وإباحة ولهذا لو قهر حر حراً على نفسه ملكه وإن دخلا من غير قهر فقهر أحدهما الآخر في دار الاسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ما كانا عليه قبله لان دار الاسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر الا بالحق وان دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع الى دار الحرب لم يمنعا وان أرادا السيد الرجوع وأخذ للكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر لانه بالكتابة زال ملكه وسلطانه عنه وأعماله في ذمته حق ومن له في ذمته غيره حق لا يملك إجباره على السفر معه لاجله ويقال للسيد ان اردت الإقامة في دار الاسلام لتستوفي مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم ان كانت مدتها طويلة وان اردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فاقبل فاذا أدى نجوم الكتابة عتق ثم هو مخير إن أحب أن يقيم في دار الاسلام عقد على نفسه الذمة وإن أحب الرجوع لم يمنعه وإن عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقاً ويرد الى سيده والامان له باق لانه من مال سيده وسيد عقد الامان لنفسه وماله فاذا انتقض الامان في نفسه بعوده لم ينتقض في ماله وإن كاتبه في دار الحرب فهرب ودخل اليها بطلت الكتابة . ن ملكه زال عنه بقهره على نفسه فأشبهه مالو قهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلماً أو غير مسلم ، وإن جاءنا باذن سيده فالكتابة بحالها لانه لم يقهر سيده فاذا دخل اليها بامان باذن سيده ثم سبي المسلمون سيده وقتل انتقلت الكتابة

وان جاء وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة لان العبد ان قهر سيده ملكه فبطلت كتابته بخروجه عن ملك سيده وان قهره السيد على ابطال الكتابة ورده رقيقاً بطلت لان دار الكفر دار قهر وإباحة ولهذا لو قهر حر حراً على نفسه ملكه وان دخلا من غير قهر فقهر أحدهما الآخر في دار الاسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ما كانا عليه قبله لان دار الاسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر الا بالحق وإن دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع الى دار الحرب لم يمنعا وان أراد السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر لانه بالكتابة زال سلطانه وانما له في ذمته حق ومن له دين في ذمة غيره لا يملك إجباره على السفر معه لاجله ويقال للسيد ان أردت الإقامة في دار الاسلام لتستوفي مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم ان كانت مدتها طويلة وان اردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فاقبل فاذا أدى نجوم الكتابة عتق وهو مخير ان أحب المقام في دار الاسلام عقد على نفسه الذمة وان أحب الرجوع لم يمنعه وان عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقاً ويرد الى سيده والامان باق لانه من مال سيده وسيد عقد الامان لنفسه وماله فاذا انتقض الامان في نفسه بعوده لم ينتقض في ماله وان كاتبه في دار الحرب فهرب ودخل اليها بطلت الكتابة لان ملكه زال بقهره على نفسه فأشبهه مالو قهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلماً أو غير مسلم وان جاء باذن سيده فالكتابة بحالها لانه لم يقهر سيده فاذا دخل اليها بامان باذن سيده ثم سبي المسلمون سيده

إلى ورثته كما لو مات حتف أنفه وإن من عليه الامام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها ، وإن استرقه الامام فالكتاب موقوف ان عتق سيده فالكتابة بحالها وإن مات أو قتل فالكتاب للمسلمين مبقى على ما بقى من كتابته يعتق بأذائه اليهم ولاؤه لهم وإن عجز فهو رقيق لهم ، وإن أراد الكتاب الاداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم أو إلى أمينه وكان المال للمقبوض موقوفاً على ما ذكرناه ويعتق الكتاب بالاداء وسيده رقيق لا يثبت له ولاؤه وقال أبو بكر يكون الولاء للمسلمين ، وقال القاضي يكون موقوفاً فان عتق سيده فهو له وإن مات على رقه فهو للمسلمين وإن كان استرق سيده بعد عتق الكتاب وثبت الولاء عليه فقال القاضي يكون ولاؤه موقوفاً فان عتق السيد كان الولاء له وإن قتل أو مات على رقه بطل الولاء لانه رقيق لا يورث فيبطل الولاء لعدم مستحقته وينبغي أن يكون للمسلمين لأن مال من لا وارث له للمسلمين فكذلك الولاء والله أعلم

(فصل) وإن كاتب المرتد عبده فعلى قول أبي بكر الكتابة باطلة لأن ملكه زال برده وعلى الظاهر من المذهب كتابته موقوفة إن أسلم تبين أنها كانت صحيحة وإن قتل أو مات على رده بطلت وإن أدى في رده لم يحكم بعتقه ويكون موقوفاً إن أسلم سيده تبين صحة الدفع اليه وعتقه ، وإن قتل أو مات على رده فهو باطل والعبد رقيق وإن كاتبه وهو مسلم ثم ارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع اليه ويؤدي إلى الحاكم ويعتق بالاداء ، وإن دفع إلى المرتد كان موقوفاً كما ذكرنا وإن كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لانه يصح بيعه فاذا أدى عتق وإن أسلم فهو على كتابته

وقتل انتقلت الكتابة إلى ورثته كما لو مات حتف أنفه وإن من عليه الامام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها وإن استرقه الامام فالكتاب موقوف ان عتق السيد فالكتابة بحالها وإن مات أو قتل فالكتاب للمسلمين مبقى على ما بقى من كتابته يعتق بالاداء اليهم ولاؤه لهم وإن عجز فهو رقيق لهم فإن أراد الكتاب الاداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم أو إلى أمينه وكان المال للمقبوض موقوفاً على ما ذكرناه ويعتق الكتاب بالاداء وسيده رقيق لا يثبت له ولاؤه قال أبو بكر يكون الولاء للمسلمين وقال القاضي يكون موقوفاً فان عتق سيده فهو له وإن مات رقيقاً فهو للمسلمين وإن كان استرق سيده بعد عتق الكتاب وثبت الولاء عليه فقتل القاضي يكون ولاؤه موقوفاً فان عتق السيد كان الولاء له وإن قتل أو مات على رقه بطل الولاء لانه رقيق لا يورث فيبطل الولاء لعدم مستحقته وينبغي أن يكون للمسلمين لأن مال من لا وارث له للمسلمين فكذلك الولاء والله أعلم

(فصل) وإن كاتب المرتد عبده فعلى قول أبي بكر الكتابة باطلة لأن ملكه زال برده وعلى ظاهر المذهب كتابته موقوفة إن أسلم تبين أنها كانت صحيحة وإن مات على رده أو قبل بطلت وإن أدى في رده لم يحكم بعتقه ويكون موقوفاً إن أسلم سيده تبين صحة الدفع اليه وعتقه وإن مات على رده

(فصل) وكتابة المريض صحيحة فان كان مرض الموت الخوف اعتبر من ثلثه لانه بيع ماله بما له فخرى مجرى الهبة وكذلك يثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقاً فان خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة وإن لم يخرج من الثلث لزمته الكتابة في قدر الثلث وسائر موقوف على اجازة الورثة فان أجازت جازت وإن ردها بطلت وهذا قول الشافعي ، وقال أبو الخطاب في ردوس المسائل تجوز الكتابة من رأس المال لانه عقد معاوضة أشبه البيع

«مسئلة» قال (واذا كاتب عبده أو أمته على أنجم فاديت الكتابة فقد صار العبد حراً وولاؤه لمكاتبه)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول (أحدها) ان ظاهر هذا الكلام ان الكتابة لا تصح حالة ولا تجوز الا مؤجلة منجمة وهو ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وقل مالك وأبو حنيفة تجوز حالة لانه عقد على عين فاذا كان عوضه في الذمة جاز أن يكون حالاً كالبيع وانما انه روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم انه عقد حالاً ولو جاز ذلك لم يتفق جميعهم على تركه ولان الكتابة عقد معاوضة يعجز عن اداء عوضها في الحال فكان من شرطه التناجيل كالم على أبي حنيفة ولانها عقد معاوضة يلحقه انفسخ

أو قتل فهو باطل والعبد رقيق وان كاتبه وهو مسلم وأرد وحجراً عليه لم يكن للعبد الدفع اليه ويؤدي إلى الحاكم ويعتق بالاداء وان دفع إلى المرتد كان موقوفاً كما ذكرنا وان كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لانه يصح بيعه فان أدى عتق وان أسلم فهو على كتابته

(فصل) وكتابة المريض صحيحة فان كان مرض الموت الخوف اعتبر من الثلث لانه بيع ماله بما له فخرى مجرى الهبة ولذلك ثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقاً فان خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة وان لم يخرج من الثلث لزمته في قدر الثلث وباقيه موقوف على اجازة الورثة يصح باجازته ويبطل رده وهذا قول الشافعي وقال أبو الخطاب في ردوس المسائل تجوز الكتابة من رأس المال لانه عقد معاوضة أشبه البيع والاول أولى

«مسئلة» ولا يصح الا بالقول وينمقد بقوله كاتبتك على كذا (لانه لفظها الموضوع لها فانه قدت بمجرد كلفظ النكاح فيه

«مسئلة» ولا يفتقر الى قوله وان أدبت إلى فانت حر بل متى أدى عتق وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يعتق حتى يقول ذلك أو ينوي بالكتابة الحرية ويحتمل مثل ذلك عندنا لان لفظ الكتابة يحتمل المحارجة ويحتمل العتق بالاداء فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق

من شرطه ذكر الموض فاذا وقع على وجه يتحقق فيه المعجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند محله ويفارق البيع لانه لا يتحقق فيه المعجز عن العوض لان المشتري يملك المبيع والعبد لا يملك شيئاً وما في يده لسيده وفي التنجيم حكمتان (احدهما) ترجع الى المكاتب وهي التخفيف عليه لان الاداء مفرقا أسهل ولهذا تقسط الديون على المسيرين عادة تخفيفاً عليهم

(والاخرى) للسيد وهي ان مدة الكتابة تطول غالباً فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه الا في آخر ائدة فاذا عجزه عاد الى الرق وفاتت منافعه في مدة الكتابة كلها على السيد من غير نفع حصل له واذا كانت منجمة نجوما فعجز عن النجم الاول فدته يسيرة وإن عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذه من النجوم قبل عجزه . اذا ثبت هذا فأقله نجمان فصاءاً وهذا مذهب الشافعي ونقل عن احمد انه قال : من الناس من يقول نجم واحد ومنهم من يقول نجمان ونجمان أحب إلي وهذا يحتمل أن يكون معناه اني أذهب الى انه لا يجوز الا نجمان ويحتمل أن يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد

قال ابن ابي موسى هذا على طريق الاختيار وان جعل المال كله في نجم واحد جاز لانه عقد يشترط فيه تأجيل فجاز ان يكون الى أجل واحد كالسالم ولان اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض وهذا يحصل بنجم واحد

ولنا ان الحرية موجب عقد الكتابة فثبتت عند تمامه كائناً أحكامه ولان الكتابة عقد وضع للعق فلم يخرج الى لفظ العتق ولا نية كالتدبير وما ذكره من استعمال الكتابة في المخارجة إن ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كائناً الألفاظ الصريحة على ان اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كلفظ التدبير فانه يحتمل التدبير في معاشه وغيره وهو صريح في الحرية كذلك هذا .

﴿مسئلة﴾ ولا يصح الا على عوض معلوم منهم بنجمين فصاعداً

لا تصح الا على عوض معلوم لانها عقد معاوضة أشبهت البيع ولا يجوز الا منجمة مؤجلة هذا ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة يجوز حاله لانه قد عيّن فاذا كان عوضه في الذمة جاز ان يكون حالاً كالبيع

ولنا أنه قد روي عن جماعة من الصحابة انهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم عقدها حاله ولو جاز ذلك لم يتفقوا على تركه ولان الكتابة عقد معاوضة يعجز عن اداء عوضها في الحال فكان من شرطها التأجيل كالسالم على أبي حنيفة ولانها عقد معاوضة بإحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض فاذا وقع على وجه يتحقق فيه المعجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند محله ويفارق البيع لانه لا يتحقق فيه المعجز عن العوض لان المشتري يملك المبيع والعبد لا يملك شيئاً

ووجه الاول ماروي عن علي رضي الله عنه انه قال الكتابة على نجمين والاياء من اثاني وهذا يقتضي ان هذا أقل ما يجوز عليه الكتابة لان أكثر من نجمين يجوز بالاجماع وروي عن عثمان رضي الله عنه انه غضب على عبد له قتل لأعاقبك ولا كاتبك على نجمين ولو كان يجوز أقل من هذا لما قبله به في الظاهر

وفي حديث بريرة انها أتت عائشة رضي الله عنها فقالت يا أم المؤمنين إني كتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعيني ، ولان الكتابة مشتتة من الضم وهو ضم نجم الى نجم فدل ذلك على افتقارها الى نجمين والاول أقيس ولا بد أن تكون النجوم معلومة ويعلم في كل نجم قدر ما يؤدى ولا يشترط تساوي النجوم ولا قدر المؤدى في كل نجم فاذا قال كاتبك على ألف الى عشرين سنين تؤدي عند انقضاء كل سنة مائة او قال تؤدي منها مائة عند انقضاء خمس سنين وباقيها عند تمام العشرة او قال تؤدي في آخر العام الاول مائة وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة فكل هذا جائز وان قال تؤدي في كل عام مائة جاز ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة وظاهر قول افاضي وأصحاب الشافعي انه لا يصح لانه لم يبين وقت الاداء من العام

ولنا ان بريرة قالت كتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية ولان الاجل اذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها فان كان بحرف الى تعلق بأولها كقوله الى شهر رمضان وإن كان بحرف في كان

وما في يده لسيده وفي التنجيم إذا كان أكثر من نجم حكمان احدهما ترجع الى المكاتب وهو التخفيف عليه لان الاداء مفرقا أسهل ولهذا تقسط الديون على العشرين عادة تخفيفا عليهم والاخرى للسيد وهي ان مدة الكتابة تطول غالبا فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه الا في آخر المدة فاذا عجزه عاد الى الرق وفانت منافعه في مدة الكتابة كلها على سيده من غير نفع حصل له واذا كانت منجمة نجوما فعجز عن النجم الاول فدته يسيرة وان عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذ من النجوم قبل عجزه إذا ثبت ذلك فأقله نجمان فصاعدا ، وهذا مذهب الشافعي ونقل عن احمد أنه قال من الناس من يقول نجم واحد ومنهم من يقول نجمان ونجمان أحب الي وهذا يحتمل ان يكون معناه اني أذهب الى أنه لا يجوز الا نجمان ويحتمل ان يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد ، قال ابن أبي موسى هذا على طريق الاختيار وان خيل المال كله في نجم واحد جاز لانه عقد يشترط فيه التأجيل فجاز ان يكون الى اجل واحد كالم لم ولان اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض وهذا يحصل بنجم واحد ، ووجه الاول ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال الكتابة على نجمين والاياء من الثاني وهذا يقتضي ان هذا أقل ما يجوز عليه الكتابة لان أكثر من نجمين جائز بالاجماع ، وروي عن عثمان أنه غضب على عبد له فقال لا أعاقبك ولا كاتبك على نجمين ولو جاز أقل من هذه لما قبله به في الظاهر ، وفي حديث بريرة انها أتت عائشة فقالت يا أم المؤمنين إني كتبت أهلي على تسع

إلى آخرها لانه جعل جميعها وقتاً لادائها فاذا أدى في آخرها كان مؤدياً لها في وقتها فلم يتعين عليه الاداء قبله كتأدية الصلاة في آخر وقتها فان قال يؤديها في عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يجز لانه نجم واحد . ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجزه وان قال يؤدي بعضها في نصف المدة وباقيةا في آخرها لم يجز لان البعض مجهول يقع على القليل والكثير

(الفصل الثاني) انه اذا كاتبه على أنجم مدة معلومة صحت الكتابة وعقق بادائها سواء نوى بالكتابة الحرية أو لم ينو وسواء قال اذا أدبت الي فأنت حر أو لم يقل وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا يعتق حتى يقول اذا أدبت الي فأنت حر وينوي بالكتابة الحرية ويحتمل في مذهبه ما مثل ذلك لان لفظ الكتابة يحتمل المحارجه ، ويحتمل العتق بالاداء فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق

ولما ان الحرية موجب عقد الكتابة فثبت عند تمامه كسائر أحكامه ولان الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتاج الى لفظ العتق ولا نيته كالتيدير وما ذكره من استعمال الكتابة في المحارجه ان ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الالفاظ الصريحة على ان اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمله كلفظ التدير في معاشه أو غير ذلك وهو صريح في الحرية فهنا أولى

(الفصل الثالث) انه لا يعتق قبل اداء جميع الكتابة ، قال احمد في عبد بين رجلين كاتباه على

أواق في كل عام أوقية فأعينني ولان الكتابة مشتقة من القسم وهو ضم نجم الى نجم فدل ذلك على افتقارها الى نجمين والاول نقيس

﴿ مسألة ﴾ (ويشترط علم ما يؤدي اليه في كل نجم كالنجم في البيع وللا ينفى الى النزاع والاختلاف)

ولا يشترط تساوي النجوم فاذا قال كاتبك على الف الى عشر سنين تؤدي عند انقضاء كل سنة مائة أو قل تؤدي منها مائة عند انقضاء خمس سنين وباقيها عند تمام العشرة او قال تؤدي في آخر العام الاول مائة وتسماية عند انقضاء السنة الماشرة فكل ذلك جائز فان قال تؤدي في كل عام مائة جاز ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة ، وظاهر قول القاضي وأصحاب الشافعي انه لا يصح لانه لا يبين وقت الاداء من العام

ولنا قول بريرة كاتبت اهلي على تسع أواق في كل عام أوقية ولان الاجل إذا علق بمدة تعاق بأحد طرفيها فان كان بحرف الى تعلق بأولها كقولها الى شهر رمضان وان كان بحرف في كان الى آخرها لانه جعل جميعها وقتاً لادائها فاذا أدى في آخرها كان مؤدياً لها في وقتها فلم يتعين عليه الاداء قبله كتأدية الصلاة في آخر وقتها وان قال تؤديها في عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يجز لانه نجم واحد ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجزه وان قال يؤدي بعضها في نصف المدة وباقيةا في آخرها

ألف فأدى تسعة مائة ثم أعتق أحدهما نصيبه ؛ قل لا يعتق الا نصف المائة
وقد روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري أنهم قالوا المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم رواه عنهم الأثرم وبه قال إمامهم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري
وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك عن أم سلمة
وروي سعيد بإسناده عن أبي قلابة قل كن أزواج النبي ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقي
عليه دينار وبإسناده عن عطاء ان ابن عمر كاتب غلاما على ألف دينار فأدى اليه تسعة مائة دينار وعجز
عن مائة دينار فردده ابن عمر في الرق، وذكر أبو بكر والقاضي وأبو الخطاب أنه إذا أدى ثلاثة أرباع
الكتابة وعجز عن دفعها عتق لأنه يجب رده اليه فلا يرد الى الرق بعجزه عنه لأنه عجز عن أداء
حق هوله لاحق للسيد فلا معنى لتعجزه في ما يجب رده اليه وقال علي رضي الله عنه يعتق منه بقدر
ما أدى لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال «إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب
ما عتق منه ويؤدي المكاتب بمحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد» رآه الترمذي وقال حديث
حسن وروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انه إذا أدى الشطر فلا رق عليه وروي ذلك عن النخعي
وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه إذا أدى قدر قيمته فهو غريم وقضى به شريح وقال الحسن
في المكاتب إذا عجز استسمى بعد العجز سنتين

لم يميز لان البعض يقع على القليل والكثير فيكون مجهولاً
(فصل) ويجوز الكتابة على مال يجوز السلم فيه لانه مال ثبت في الذمة مؤجلاً في معاوضة
فجاز ذلك فيه كعقد السلم فان كان من الأثمان وكان في البلد نقد واحد جاز إطلاقه لانه ينصرف
اليه فاشبه البيع وان كان فيه نقود بمضم الأغلب في الاستعمال جاز للإطلاق ايضاً وانصرف اليه عند
الإطلاق كما لو انفرد وان كانت مختلفة متساوية في الاستعمال وجب بيانها بما يتميز به من غيره من النقود
وان كان من غير الأثمان وجب وصفه بما يوصف به في السلم فأما مالا يصح السلم فيه فلا يجوز أن يكون
عوضاً في الكتابة لانه عقد معاوضة يثبت عوضه في الذمة فلم يميز بعوض مجهول كالسلم، وقال القاضي
يصح على عبد مطلق وله الوسط إذا كاتبه على عبد مطلق لم يصح، ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي
يجوز في أحد الوجهين، وهو قول أبي حنيفة ومالك لان العتق لا يلحقه الفسخ فجاز أن يكون الحيوان
المطلق عوضاً فيه كالعقل.

ولنا أن ما لا يجوز أن يكون عوضاً في البيع والاجارة لا يجوز أن يكون عوضاً في الكتابة كالثوب
المطلق ويفارق العقل لانه بدل متلف مقدر في الشرع وههنا عوض في عقد أشبه البيع ولان الحيوان
الواجب في العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بمجنسه وسنه فلم يصح الإلحاق به ولان الحيوان
المطلق لا يجوز الكتابة عليه بغير خلاف علمناه وإنما الخلاف في العبد المطلق ولم يرد الشرع به بدلاً

ولنا ما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « إنما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق » وعن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » رواه أبو داود ولأنه عوض عن المكاتب فلا يمتق قبل ادائه كالتقديرات عليه ولأنه لو أعتق بمضه لسرى إلى باقيه كالمواشيه بالعتق فان العتق لا يتبع في الملك فالحديث ابن عباس فعجول على مكاتب لرجل مات وخاف ابنين فقرأ أحدهما بكتابتها وأزكر الآخر فأدى إلى المقر أو ما شبهها من الصور جمعاً بين الأخبار وتوفيقاً بينها وبين القياس ولأن قول النبي ﷺ « إذا كان لاحداً كن مكاتب فلك ما يؤدي فلتحتجب منه » دليل على اعتبار جميع ما يؤدي ويجوز أن يتوقف العتق على أداء الجميع وإن جاز رد بعضه إليه كالموقوف إذا أدت إلى الغافنة حره والله على رد ربها إليك فإنه لا يمتق قبل أداء جميعها وإن وجب عليه رد بعضها (فصل) وتجوز الكتابة على كل مال يجوز السلم فيه لأنه مال يثبت في الذمة مؤجلاً في معاوضة فجاز ذلك فيه كمقد السلم فإن كان من الأمان وكان في البلد نقد واحد جاز إطلاقه لأنه ينصرف بالإطلاق إليه فجاز ذلك فيه كالبيع وإن كان فيه نقود أحدها أغلب في الاستعمال جاز الإطلاق أيضاً وانصرف إليه عند الإطلاق كما لو انفرد وإن كانت مختلفة متساوية في الاستعمال وجب بيانه بجنسه وما يتميز به من غيره من النقود وإن كان من غير الأمان وجب وصفه بما يوصف به في السلم ومالا يصح في السلم

في موضع علمناه . إذا ثبت هذا فإن من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطاً وهو السندي ويكون وسطاً من السنديين في قيمته كقولنا في الصداق ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمنا ولا على ثوب ولا دار ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمامته ولا غير ذلك من المجهولات ومن اختار الكتابة على العبد الحسن وسعيد بن جبير والنخعي والزهري وابن سيرين ، وروي عن أبي برزة وحفصة رضي الله عنهما .

﴿مسألة﴾ (وتصح على مال وخدمة سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت).

تجوز الكتابة على المنافع المباحة لأنها أحد العوضين في الإجارة فجاز أن تكون عوضاً في الكتابة كالأمان ويشترط العلم بها كما يشترط في الإجارة فإن كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ولا يحتاج إلى ذكر الشهر وكونه عقيب المقد لأن الإجارة تقتضيه فإن عين الشهر بوقت لا يتصل بالمقدم مثل أن يكتبه في الحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضاً كما يجوز أن يؤجره داره شهر رجب في الحرم ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز على شهر لا يتصل بالمقد ويشترطون ذكر ذلك ولا يجوزون إطلاقه بناء على قولهم في الإجارة وقد سبق الكلام فيه والخلاف في باب الإجارة ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلاً لأن الأجل شرط في عقد الكتابة فإن جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعلمه وإن جعل محله في الشهر أو بعد انقضائه صح أيضاً وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال

فيه لا يجوز ان يكون عوضا في الكتابة لانه عقد معاوضة يثبت عوضه في الذمة فلم يجوز بعوض مجهول كالسلم فان كاتبه على عبد مطلق لم يصح ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي وذكر القاضي فيه وجهين (أحدهما) لا يجوز والآخر يجوز وهو قول أبي حنيفة ومالك لان الفتق معنى لا يلحقه الفسخ فجاز ان يكون الحيوان المطلق عوضا فيه كالمقل

ولنا ان ما لا يجوز ان يكون عوضا في البيع والاجارة لا يجوز ان يكون عوضا في الكتابة كالثوب المطلق ويقارق العقل لانه بدل عن متلف مقدر في الشرع وهنا عوض في عقد شبه البيع ولان الحيوان الواجب في العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بجنسه وسنه فلم يصح الا لحاق به ولان الحيوان المطلق لا يجوز الكتابة عليه بغير خلاف بين الناس فيما علمناه وانما الخلاف في العبد المطلق ولم يرد به الشرع بدلا في موضع علمناه . اذا ثبت هذا فان من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطا وهو السندي ويكون وسطا من السنديين في قيمته كقولنا في الصداق ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمناه ولا على ثوب ولا دار ولذلك لا تحوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمامته ولا غير ذلك من المجهولات وان وصف ذلك بأوصاف المسلم صح ومن اجاز الكتابة على العبيد الحسن وسعيد بن جبير والنخعي والزهرري وابن سيرين ومالك وأصحاب الرأي وروي ذلك عن أبي برزة وحفصة رضي الله عنهما

القاضي لا يصح لانه يكون نجما واحداً وهذا لا يصح لان الخدمة كلها لا تكون في وقت محل الدينار وانما يوجد جزء منها يسير مقاربا له وسائرهما فيما سواه ولان الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ولهذا يستحق عوضها جميعه ويكون محلها غير محل الدينار وإنما جازت له حالة لان النعم من الحلول في غيرها لاجل المجز عنه في الحال وهذا غير . وجود في الخدمة فجازت حالة وان جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلا والخدمة بعده جاز وان كانت الخدمة متصلة بالمقد لم يتصور كون الدينار قبله ولم يجز في أوله ، لانه يقول حالا ومن شرطه التأجيل .

(فصل) إذا كاتب السيد عبده على خدمة مفردة في مدة واحدة مثل ان يكتابه على خدمة شهر بعينه أو سنة معينة فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد على ماضى من القول فيه ويحتمل أن يكون كالكتابة على انجم لان الخدمة تستوفى في أوقات مفرقة بخلاف المال وان جعله على شهر بعد شهر كأن كاتبه في أول المحرم على خدمته فيه وفي رجب صح لانه على نجمين وان كاتبه على منفعة في الذمة معلومة كخياطة ثوب عينه أو بناء حائط وصفه صح أيضا إذا كانت على نجمين وإن قال كاتبك على أن تخدمني شهراً من وقتي هذا وشهراً عقيب هذا الشهر صح أيضا وعند الشافعي لا يصح .

(فصل) وتصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة لأنها أحد العوضين في الاجارة فجاز ان تكون عوضاً في الكتابة كالإمان ويشترط العلم بها كما يشترط في الاجارة فان كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ولا يحتاج الى ذكر الشهر وكونه عقيب العقد لان اطلاقه يقتضي ذلك وان عين الشهر لو قد لا يتصل بالعقد مثل ان يكتبه في المحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضاً كما يجوز ان يؤجره داره شهر رجب في المحرم وقال أصحاب الشافعي لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذكر ذلك ولا يجوزون اطلاقه بناء على قولهم في الاجارة وقد سبق ذكر الخلاف فيه في باب الاجارة ويشترط كون الدينار المدكور مؤجلاً لان الاجل شرط في عقد الكتابة فان جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بنير خلاف نعلمه وان جعل محله في الشهر أو بعد انقضائه صح أيضاً وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال القاضي لا يصح لأنه يكون نجماً واحداً وهذا لا يصح لان الخدمة كلها لا تكون في وقت محل الدينار وإنما يوجد جزء منها يسير مقاربا له وسائرهما فيما سواه ولان الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ولهذا يستحق عوضها جميعه عند العقد فيكون محلها غير محل الدينار وإنما جازت حالة لان النفع من الحلول في غيرها لاجل العجز عنه في الحال وهذا غير موجود في الخدمة فجازت حالة وان جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالمقد بحيث يكون الدينار مؤجلاً والخدمة بعده جازاً وان كانت الخدمة متصلة بالمقد لم يتصور كون الدينار قبلاً ولم تجز في أوله لانه يكون حالا ومن شرطه التأجيل

ولنا انه كاتبه على نجمين فصح كالتى قبلها .

(فصل) وإذا كاتب العبد وله مال فماله لسيده الا ان يشترطه المكاتب فان كان له سرية أو ولد فهو لسيده ، وبه قال اثنوري والحسن بن صالح وابو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال الحسن وعطاء وانسخي وسليمان بن موسى وعمر بن دينار ومالك وابن أبي ليلى في المكاتب ماله له ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى وانسخي وعمر بن دينار ومالك في الولد واحتج لهم بما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد .

ولنا قول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائتم إلا أن يشترطه المبتاع » متفق عليه والكتابة بيع ولانه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولده وأقاربه ولانه هو وماله كانا لسيده فإذا وقع العقد على احدهما بقي الآخر على ما كان عليه كما لو باعه لاجنبي وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه .
(مسئلة) (وإذا أدى ما كتب عليه أو أبرئ منه عتق لانه لم يبق لسيده عليه شيء ولا يعتق قبل أداء جميع الكتابة) .

هذا ظاهر كلام الحرقى ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال
(الغني والشرح الكبير) (٤٥) (الجزء الثاني عشر)

(فصل) وان كاتبه على خدمة مفردة في مدة واحدة مثل ان كاتبه على خدمة شهر معين أو سنة معينة فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد على ما مضى من القول فيه ويحتمل ان يكون كالكتابة على انجم لان الخدمة تستوفى في أوقات متفرقة بخلاف المال فان جعله على شهر بعد شهر كأن كاتبه في أول المحرم على خدمة فيه وفي رجب صح لانه على نجمين وان كاتبه على منفعة في الذمة معلومة كخياطة ثياب عينا او بناء حائط وصفه صح أيضاً اذا كاتبه على نجمين وان قال كاتبك على ان تخدمني هذا الشهر وخياطة كذا عقيب الشهر صح في قول الجيم وان قال على ان تخدمني شهر آمن وقي هذا وشهر آ عقيب هذا الشهر صح أيضاً وعند الشافعي لا يصح ولنا أنه كاتبه على نجمين فصح كالتالي قبلها

(فصل) واذا كاتب العبد وله مال فما له لسيده الا ان يشترطه المكاتب وان كانت له سرية أو ولد فهو لسيده وبهذا قال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة أبو يوسف والشافعي وقال الحسن وعطاء والنخعي وسليمان بن موسى وعمر بن دينار ومالك وابن أبي ليلى في المكاتب ماله ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعي وعمر بن دينار ومالك في الولد واحتج لم بما روى عمر عن النبي ﷺ أنه قال « من اعتق عبداً له مال فالمال للعبد »

ولنا قول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع » متفق عليه

« المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » رواه ابو داود دل بمنطوقه على انه لا يعتق حتى يؤدي جميع كتابته ويعفوه على انه اذا أدى كتابته لا يبقى عبداً قل أحمد في عبد رجلين كاتباه على ألف فأدى تسعة ثم أعتق أحدهما نصيبه قال يعتق الانصف المائة وقد روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري انهم قالوا المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عنهم الاثرم وبه قال القاسم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك عن ام سلمة وروى سعيد باسناده عن ابي قلابة قال كنا أزواج النبي ﷺ لا يمتحن من مكاتب ما بقي عليه درهم وبأسناده عن عطاء ان ابن عمر كاتب غلاماً على ألف دينار فأدى اليه تسعة دنانير وعجز عن مائة دينار فرده ابن عمر في الرق .

❦ مسألة ❦ (وما فضل في يده فهو له) .

لانه كان له قبل العتق فبقي على ما كان وعنه انه إذا ملك ما يؤدي صار حراً لا روت ام سلمة ان النبي ﷺ قال « اذا كان لاحدا كن مكاتب فكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » ، رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح فامرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ولانه مالك للمال الكتابة اشبه مالو أداءه فعلى هذا متى امتنع من الاداء أجبره الحاكم عليه كسائر الديون الحالية على

والكتابة بيع ولانه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولد واقاربه ولانه هو وماله كانا لسيد فاذا وقع العقد على أحدهما بقي الآخر على ما كان عليه كالباعه لاجنبي وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه
(مسئلة) قال (وولاؤهم لمكاتبه)

لأنهم خلافا بين أهل العلم في ان ولاء المكاتب لسيد اذا ادى اليه وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان الكتابة انعام وإعتاق له لان كسبه كان لسيد بحكم ملكه اياه فرضي به عوضا عنه واعتق رقبة عوضا عن منفعة المستمقة له بحكم الاصل فكان معتقا له منعا عليه فاستحق ولاءه لقوله ﷺ «الولاء لمن اعتق» وفي حديث بريرة انها قالت كاتبته أهلي على تسع اواق في كل عام أوقية فقالت عائشة ان شاء اهلك ان أعدها لم عنة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت فرجعت بريرة الى أهلها فذكرت ذلك لم فأبوا الا ان يكون الولاء لم وهذا يدل على ان ثبوت الولاء على المكاتب لسيد كان متقرراً عندم والله أعلم

(مسئلة) قال (ويعطى مما كوتب عليه الربيع لقول الله تعالى وآتوهم من ل الله الذي آتاكم)

الكلام في الايتاء في خمسة فصول : وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه .
أما الاول فانه يجب على السيد إيتاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه روي ذلك عن علي رضي الله عنه

القادر عليها فان هلك ما في يديه قبل الاداء صار ديناً في ذمته وقد صار حراً والصحيح انه لا يعتق حتى يؤدي وهذا قول أكثر أهل العلم لما ذكرنا من حديث عمرو بن شبيب وروي سعيد باسناده عن النبي ﷺ قال «ايما عبد كانت عليه مائة أوقية فأداها إلا عشرة اواق فهو عبد» وفي رواية «من كاتب عبداً على مائة اوقية فأداها إلا عشرة اواق» وقال «الاعشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق» رواه الترمذي وقال هذا حديث غريب ولانه علق علق بعوض فلم يعتق قبل ادائه كما لو قال اذا ادبت إلي الفأنت حر فلي هذه الرواية اذا ادى عتق وان لم يؤدي لم يعتق فان امتنع من الاداء فقال ابو بكر يؤديه الامام عنه ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ وهو قول ابي حنيفة ويحتمل انه اذا لم يؤدي عجزه السيد ان يحب وعاد عبداً خير مكاتب ونحوه قال الشافعي فانه قال ان شاء عجز نفسه وامتنع من الاداء . ووجه ذلك ان العبد لا يجبر على اكتساب ما يؤديه في الكتابة فلا يجبر على الاداء كسائر العقود الجزئية . ووجه الاول انه قد ثبت للعبد استحقاق الحرية بملك ما يؤدي فلم يملك ابطالها كما لو ادى فان تلف المال قبل ادائه جاز تعجزه واسترقاقه وجهاً واحداً . (فصل) إذا أبرأ السيد من مال الكتابة يرى . وعتق لان ذمته خلت من مال الكتابة فاشبهه مال أداه وان أبرأه من بعضه يرى . ومنه وهو على الكتابة فيما بقي لان الأبراء كالاداء فان كاتبه على دنائره فأبرأه من دراهم أو بالعكس لم يصح البراءة لانه أبرأه مما لا يجب عليه الا ان يريد بقدر ذلك بمالي عليك فان اختلفا فقال المكاتب انما

وبه قال الشافعي وإسحاق وقال بريدة والحسن والنخعي والثوري ومالك وأبو حنيفة ليس بواجب
لأنه عقد معاوضة فلا يجب فيه الايتاء كسائر عقود المعاوضات

ولنا قول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وظاهر الامر الوجوب قال علي رضي
الله عنه في تفسيرها ضموا عنهم ربع مال الكتابة ، وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال ضموا عنهم
من مكاتبتهم شيئاً وخالف الكتابة سائر العقود فان القصد بها الرفق بالعبد بخلاف غيرها ولان
الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة فلذلك يجب أن يستحق العبد على السيد شيئاً فان
قيل المراد بالايتاء اعطاؤه سحماً من الصدقة او النذب الى انتصدق عليه وليس ذلك بواجب بدليل
ان العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضي اسقاط شيء منه ؟ قلنا اما الاول فان علياً وابن عباس
رضي الله عنهما فسراه بما ذكرناه وما أعلم بتأويل القرآن وحمل الامر على النذب يخالف مقتضى
الامر فلا يصار اليه إلا بدليل وقولهم ان العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه قلنا انما يجب للرفق به
عند آخر كتابته مواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعم التي أنعم الله تعالى
بها على عبده ولان العبد ولي جمع هذا المال وتعب فيه فاقضى الحال مواساته منه كأمر النبي ﷺ
باطعامه من الطعام الذي ولي حره ودخانه واختص هذا بالوجوب لان فيه معونة على العتق وإعانة
لمن يحق على الله تعالى عونته فان أبا هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « ثلاثة حق على

أردت من قيمة ذلك وقال السيد بل ظننت ان لي عليك التقدي الذي ابرأتك منه فلم تقع البراءة
موضعها فالقول قول السيد مع يمينه لانه اعرف بنيته فان مات السيد واختلاف المكاتب والورثة
فالقول قولهم مع أيمانهم ويحلفون على نفي العلم وان مات المكاتب واختلف ورثته وسيداه فالقول
قول السيد لما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ (فلو مات قبل الاداء كان مافي يده لسيداه في الصحيح عنه وعلى الرواية الاخرى
لسيده ببقية كتابته والباقي لورثته)

هذه المسئلة تشبه ان تكون مبنية على المسئلة التي قبلها ان قلنا انه لا يعتق بملك ما يؤدي فقد
مات رقيقاً وانفسخت كتابته بموته وكان مافي يده لسيداه وان قلنا انه عتق بملك ما يؤدي فقد
مات حراً وعليه لسيداه ببقية كتابته لانه دين له عليه والباقي لورثته قال افاضي الاصح ان الكتابة
تنفسخ بموته ويموت عبداً ومافي يده لسيداه رواه الاثرم باسناده عن عمر وزيد والزهري وبه قال
ابراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعي لما ذكرناه في التي قبلها ولانه مات قبل اداء مال الكتابة
فوجب ان تنفسخ كالمال لم يكن له مال وكما لو علق عتقه بأداء ألف فمات قبل أدائها وعنه انه يعتق
ويموت حراً فيكون لسيداه ببقية كتابته والباقي لورثته روي ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية وبه
قال غطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك وإسحاق وأصحاب

الله تعالى عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والنا كح الذي يريد اعفاف »
أخرجه الترمذي وقال حديث حسن

(الفصل الثاني) في قدره وهو الربع ذكره الحرقى وابو بكر وغيرهما من أصحابنا ، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وقال قتادة العشر وقال الشافعي وابن المنذر يجرى ما يقع عليه الاسم وهو قول مالك الا انه عنده مستحب لقول الله تعالى (من مال الله الذي آتاكم) (من التبعية والقليل بعض فيكتفى به وقال ابن عباس ضموا عنهم من مكاتبهم شيئاً ولا نه قد ثبت ان المكاتب لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة بما ذكرنا من الاخبار ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب أن يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة ولا يجب عليه أداء مال يجب رده اليه وروي عن ابن عمر انه كاتب عبد له على خمسة وثلاثين ألفاً فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة

ولنا ما روى ابو بكر بإسناده عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ في قوله (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) فقال « ربع الكتابة » وروي موقوفاً على علي ولانه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكلن مقدراً كالزكاة ولان حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب وإعانتة على تحصيل العتق وهذا لا يحصل باليسير الذي هو أقل ما يقع عليه الاسم فلم يميز أن يكون هو الواجب وقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله) وان ورد غير مقدر فإن السنة تبينه وتبين قدره كالزكاة

الرأي الا ان إباحية قال يكون حراً في آخر جزء من حياته وهذا قول اقمضي ووجه هذه الرواية ما تقدم في التي قبلها لانها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كبيع ولان العبد أحد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والاول اولى وتفارق الكتابة البيع لان كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتافه والمكاتب هو المعقود عليه والعقد متعلق بعينه فإذا تلف قبل تمام الاداء انفسخ العقد كما لو تلف البيع قبل قبضه ولانه مات قبل وجود شرط حرته ويتعذر وجودها بعده ، وانه ان مات ولم يخلع وفاء فلا خلاف في المذهب ان الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبداً وما في يده لسيده وهو قول أهل الفتاوى من أئمة الامصارر الان يموت بعد أداء ثلاثة ارباع الكتابة عند أبي بكر واقاضي ومن وافقه ما فانه يموت حراً في مقتضى قولهم وسند ذكر ذلك ان شاء الله تعالى وقال مالك ان كان له ولد حر انفسخت الكتابة وان كان مملوكا في كتابته اجبر على دفع المال إن كان له مال وان لم يكن له اجبر على الاكتساب والاداء

(فصل) ولا تنفسخ الكتابة بالجنون لانها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالرهن وفارق الموت لان العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون ولان التصد من الكتابة العتق والموت ينافيه ولهذا لا يصح عتق الميت والجنون لا ينافيه بدليل صحة عتق المجنون فعلى هذا ان أدى اليه المال عتق لان السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذي كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن

(الفصل الثالث) في جنسه ان قبض مال الكتابة ثم اعطاه منه جاز لان الله تعالى أمر بالاياء منه وان وضع عنه مما وجب عليه جاز لان الصحابة رضي الله عنهم فسروا الاياء بذلك ولانه أبلغ في النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الاياء وتحصل دلالة الآية عليه من طريق التنبيه وان اعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله وهو ظاهر كلام الشافعي لان الله تعالى أمر بالاياء منه

وانما انه لا فرق في المعنى بين الاياء منا وبين الاياء من غيره إذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا في الاجزاء وغير النصوص إذا كان في معناه الحق به وكذلك جاز الخط وليس هو بايتاء لما كان في معناه وان أتاه من غير جنسه مثل أن يكتبه على دراهم فيعطيه دنانير او عروضا لم يلزمه قبوله لانه لم يؤت منه ولا من جنسه ويحتمل الجواز لان الرقيق به يحصل به

(الفصل الرابع) في وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى (فكا تبوم ان علمتم فيهم خيرا وآتوهم) وذلك يحتاج اليه من حين العقد وكما عجله كان أفضل لانه يكون أنفع كالكافة (الفصل الخامس) في وقت وجوبه وهو حين العتق لان الله تعالى أمر بايتائه من المال الذي آتاه وإذا آتى المال عتق فيجب إيتاؤه حينئذ . قال علي رضي الله عنه الكتابة على نجمين والاياء من الثاني فان مات السيد قبل إيتائه فهو دين في تركته لانه حق واجب فهو كسائر ديونه وان ضاقت

ذلك برأته من المال فيعتق بحكم العقد وان لم يؤد اليه كان للسيد ان يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فان وجد له مالا سلمه في الكتابة وعتق وان لم يجد له مالا جعل له أن يعجزه ويلزمه الاتفاق عليه لانه عاد قانم ان وجد له الحاكم بعد ذلك مالا يفي بمال الكتابة أبطل قسح السيد لان الباطل بخلاف ما حكم به فبطل حكمه كما إذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد إلا أنه يرد على السيد ما أنفقه من حين الفسخ لانه لم يكن مستحقا عليه في الباطن وان أفق وأقم البينة أنه كان قد دفع اليه مال الكتابة بطل أيضا ولا يرد عليه ما أنفقه لانه أنفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعا بذلك فلم يرجع به وينبغي أن يستحلف الحاكم السيد انه ما استوفى مال الكتابة وهذا قول أصحاب الشافعي ولم يذكره أصحابنا وهو حسن لانه يحتمل أنه استوفاه والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه في استحلافه عليه

(فصل) وقتل للمكاتب كونه في انفساخ الكتابة على ما أسلفنا من الخلاف سواء كان القاتل السيد او الاجنبي ولا قصاص على قاتله الحر لان المكاتب عبد مابقي عليه درهم للحديث فان كان القاتل سيده ولم يخاف وفاء انفسخت الكتابة وعاد ما في يده الى سيده ولم يجب عليه شيء لانه لو وجب لوجب له فان قيل فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئا من تركه المقتول قلنا ههنا لا يرجع اليه مال المكاتب ميراثا بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وانما يمنع القاتل الميراث خاصة الا ترى أن

التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا في التركة بقدر حقوقهم ويقدم ذلك على الوصايا لانه دين وقد قضى النبي ﷺ ان الدين قبل الوصية والله الموفق

(مسئلة) قال (وان عجلت الكتابة قبل محملها لم يلزم السيد الاخذ وعنت من وقته في إحدى الروايتين من أبي عبد الله رحمه الله والرواية الأخرى اذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) فيما اذا عجل المكاتب الكتابة قبل محملها المنصوص عن أحد انه يلزم قبوله ويعتق المكاتب وذكر أبو بكر فيه رواية أخرى انه لا يلزم قبول المال الا عند نجومه لان بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كالوعلق عتقه على شرط لم يعتق قبله والصحيح في المذهب الأول وهو مذهب الشافعي الا ان القاضي قال أطلق أحمد والخرق هذا القول وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله كالذي لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ولا يحتاج الى مؤنة في حفظه ولا يدفعه في حل خوف يخاف ذهابه فان اختلف أحد هذه الأمور لم يلزم قبضه مثل أن يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ أو يخاف تلفه كالحيوان فانه ربما تلف قبل الحل ففاته مقصوده، وإن كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه لانه ينقص الى حين الحل وان كان

من له دين مؤجل اذا قتل من عليه الحق حل الدين في رواية وأم الولد إذا قتلت سيدها عتقت وإن كان المكاتب قد خلف وفاء رقنا ان الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك وإن قلنا لا تنفسخ فله القيمة على سيده تصرف الى ورثته كالمالك كانت الجناية على بعض اطرافه في حياته وإن كان الوفاء يحصل بإيجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجب كالمالك خلف وفاء لان دية المقتول كتركته في قضاء ديونه منها وإنصرفها الى ورثته بينهم على فرائض الله الى ولا فرق فيما ذكرنا بين ان يخلف وارثاً او لا يخلف وارثاً وذكر القاضي انه إذا لم يخلف وارثاً سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال

ولنا أن من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولا حق لسيدة فيه لان صرفه الى سيده بطريق الارث والقاتل لا ميراث له وإن كان اقاتل أجنبياً وجبت القيمة للسيد الا في الموضع الذي لا تنفسخ الكتابة تجب لورثته

(مسئلة) (واذا عجلت الكتابة قبل محملها لم يلزم السيد الاخذ وعنت)

هذا المنصوص عن أحمد ويحتمل ان لا يلزمه ذلك إذا كان في قبضه ضرر، وذكر أبو بكر فيه رواية أخرى انه لا يلزمه قبول المال الا عند نجومه لان بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كالوعلق عتقه على شرط لم يعتق والصحيح في المذهب الأول وهو مذهب الشافعي الا ان القاضي قال أطلق أحمد والخرق هذا القول وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله

مما يحتاج الى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضاً لانه يحتاج في ابقائه الى وقت المحل الى موته فيتضرر بها ولو كان غير هذا الا ان البلد مخوف يخف نهبه لم يلزمه أخذه لان في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه اليه في طريق مخوف أو موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب ببذله

قال القاضي والمذهب عندي ان في قبضه تفصيلاً على حسب ما ذكرناه في السلم، ولأنه لا يلزم الانسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضي بالتزامه، وأما مالا ضرر في قبضه فاذا عجله لزم السيد أخذه، وذكر ابو بكر انه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتماداً على اطلاق احمد القول في ذلك وهو ظاهر اطلاق الحرفي لما روى الاثرم باسناده عن ابي بكر بن حزم ان رجلاً أتى عمر رضي الله عنه فقال يا أمير المؤمنين اني كاتب على كذا وكذا واني أسرت بالمال فأتيته به فزعم انه لا يأخذها الا نجوما فقال عمر رضي الله عنه يايرقا خذ هذا المال فاجله في بيت المال وأد اليه نجوماً في كل عام وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال وعن عثمان بنحو هذا.

ورواه سعيد بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعاً قال حدثنا هشيم عن ابن عوف عن محمد بن سيرين أن عثمان قضى بذلك ولان الاجل حق لمن عليه الدين فاذا قدمه فقد رضي باسقاط حقه فسهط كسائر المحقوق فان قيل اذا عتق عبده على فعل في وقت ففعله في غيره لم يعتق فكذلك اذا قال اذا

كالذي لا يفسد ولا يختاف قديمه وحديثه ولا يحتاج الى مؤنة في حفظه ولا يدفعه في حال خوف يخاف فهاهنا فان اختلف أحد هذه الامور لم يلزمه قبضه مثل ان يكون مما يفسد كالغيب والرطب والبطيخ أو يخاف تلفه كالحيوان فانه ربما تلف قبل الحيا، فذاته مقصوده، وان كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه لانه ينقص الى حين الحلول وإن كان مما يحتاج الى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضاً لانه يحتاج في ابقائه الى وقت المحل الى مؤنة فيتضرر بها ولو كان غير هذا إلا ان البلد مخوف لم يلزمه أخذه لان في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه اليه في طريق مخوف أو في موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب

قال القاضي والمذهب عندي أن فيه تفصيلاً على حسب ما ذكرناه في السلم ولأنه لا يلزم الانسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضي بالتزامه وأما مالا ضرر في قبضه فاذا عجله لزم السيد أخذه وذكر ابو بكر انه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتماداً على اطلاق احمد القول في ذلك وهو ظاهر اطلاق الحرفي لما روى الاثرم باسناده عن ابي بكر بن حزم ان رجلاً أتى عمر فقال يا أمير المؤمنين اني كاتب على كذا وكذا واني أسرت بالمال وأتيته به فزعم انه لا يأخذها الا نجوماً فقال عمر رضي الله عنه يايرقا خذ هذا المال فاجله في بيت المال وأد اليه نجوماً في كل عام وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال، وعن عثمان رضي الله عنه فهو هذا

[المغني والشرح الكبير] حكم ما لو احضر الم كاتب مال الكتابة فقال السيد هذا حرام ٣٦١

أدبت الي ألفاً في رمضان فأداه في شعبان لم يعتق قلنا تلك صفة مجردة لا يعتق الا بوجودها والكتابة معاوضة يبدأ فيها بإداء الموض فافترقا وكذلك لو أبرأه من الموض في الكتابة عتق ولو أبرأه من المال في الصفة المجردة لم يعتق والاولى ان شاء الله ما قاله القاضي في أن ما كان في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكره من الضرر الذي لم يقتضه المقد وخبر عمر رضي الله عنه لادلالة فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر ولان أصحابنا قالوا لو لقيه في بلد آخر فدفعت اليه نجوم الكتابة او بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه وان لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه كذا ههنا وكلام احمد رحمه الله محمول على ما إذا لم يكن في قبضه ضرر وكذلك قول الخرقى وأبي بكر

(فصل) اذا احضر الم كاتب مال الكتابة او بعضه ليس له فقال السيد هذا حرام او غصب لا أقبله منك مثل العبد عن ذلك فان أقر به لم يلزم السيد قبوله لانه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له وان أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته لان له حقا في أن لا يقتضي دينه من حرام ولا يأمن من أن يرجع صاحبه عليه به وان لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه فان نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضاً ، وان حلف قيل للسيد اما أن تقبضه واما أن تبرئه ليعتق فان قبضه وكان تمام كتابته عتق ثم ينظر فان ادعى انه حرام مطلقاً لم يمنع منه لانه لا يقر به لاحد وانما تحريره فيما بينه وبين الله تعالى ، وان ادعى انه غصبه من فلان لزمه دفعه اليه إن ادعاه لان قوله ، وان لم يقبل في حق الم كاتب فانه يقبل في حق نفسه كما لو قال رجل لعبد في يد غيره هذا حر وأنكر ذلك من العبد في يده لم يقبل قوله عليه فان انتقل اليه بسبب من الاسباب لزمته حرته وان أبرأه من مال الكتابة حين امتنع الم كاتب من قبضه لم يلزمه قبضه لانه لم يبق له عليه حق وان لم يبرئه ولم يقبضه كان له

ورواه سعيد بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعاً ، وثنا هشيم عن ابن عون عن محمد بن سيرين ان دشمان قضى بذلك ولان الاجل حق لمن عليه الدين فاذا قدمه فقد رضي بإسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق فان قيل اذا علق عتق عبده على فعل في وقت ففعله في غيره لم يعتق قلنا تلك صفة مجردة لا يعتق الا بوجودها والكتابة معاوضة يبدأ فيها بإداء الموض فافترقا ولذلك لو أبرأه من الموض في الكتابة عتق ولو أبرأه من المال في الصفة المجردة لم يعتق قال شيخنا والاولى ما قاله القاضي في أن ما كان في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكره من الضرر الذي لم يقتضه المقعد وخبر عمر لادلالة فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر ولان أصحابنا قالوا لو لقيه في بلد آخر فدفعت اليه نجوم الكتابة او بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه وان لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه كذا ههنا وكلام احمد محمول على ما إذا لم يكن في قبضه ضرر وكذلك قول الخرقى وأبي بكر

دفع ذلك إلى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم في قبضه عنه ويعتق العبد كما رويناه عن عمرو وعثمان في قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه

(فصل) وإذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره فلو كاتبه على دنائير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض، وإن كاتبه على دراهم لم يلزمه أخذ الدنانير ولا العروض، وإن كاتبه على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره، وإن كاتبه على نقد وأعطاه من جنسه خيراً منه وكان ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه لزمه أخذه لأنه زاده خيراً وإن كان لا ينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله لأن عليه فيه ضرراً

(الفصل الثاني) إذا ملك ما يؤدي فالصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدي روي ذلك عن عمر وابنه وزيد وعائشة رضي الله عنهم فأنهم قالوا المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وهو قول أكثر أهل العلم وعن أحمد رضي الله عنه رواية أخرى أنه إذا ملك ما يؤدي عتق لا روي سميد قل حدثنا سفيان عن الزهري عن نيهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال «إذا كان لاحدا كن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتعتجبه منه» ورواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لا يؤديه ولأنه مالاك لوفاء. بل الكتابة أشبه ما لو أداه فلي هذه الرواية يصير حراً بملك الوفاء فتى امتنع منه أجبره الحاكم عليه، وإن هلك ما في يديه قبل الاداء صار ديناً في ذمته

(فصل) إذا أحضر المكاتب مال الكتابة أو بعضه ليس له فقال السيد هذا حرام أو غصب لا أقبله منك مثل العبد عن ذلك فإن أقر به لم يلزم السيد قبوله لأنه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له وإن أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته لأن له حقاً في أن لا يقتضي دينه من حرام ولا يأن أن يرجع صاحبه عليه به وإن لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه فإن نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضاً وإن جاف قيل للسيد أما أن تقبضه وأما أن تبرئه ليعتق فإن قبضه وكان تمام كتابته عتق ثم ينظر فإن ادعى أنه حرام معالفا لم يمنع منه لأنه لم يقربه لاحد وإنما تحريره فيها بينة وبين الله تعالى وإن ادعى أنه غصبه من فلان لزمه دفعه إليه لأن قوله وإن لم يقبل في حق المكاتب فإنه يقبل في حق نفسه كما لو قال رجل لعبد في يد غيره هذا حر وأنكر ذلك من العبد في يده لم يقبل قوله عليه فإن انتقل إليه بسبب من الأسباب لزمته حرته فإن أبرأه من مال الكتابة لم يلزمه قبضه لأنه لم يبق له عليه حق وإن لم يبرئه ولم يقبضه كان له دفع ذلك إلى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم في قبضه عنه ويعتق العبد كما رويناه عن عمرو وعثمان رضي الله عنهما في قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه

(فصل) إذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره فلو كاتبه على دنائير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض وإن كانت على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره وإن كانت على نقد فأعطاه من جنسه خيراً منه وكان

وقد صار حراً ووجه الرواية الاولى ماروى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال « المكاتب عبد مابق عليه درهم - وقوله - أيما عبد كاتب على مائة اوقية فأداها الا عشر أواق فهو عبد، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد » رواه سعيد . وفي رواية من كاتب عبده على مائة اوقية فأداها الا عشر اواق « أو قال » الا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق » رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن غريب ولانه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل أدائه كما لو قال اذا أدبت الي الغافات حر فعلى هذه الرواية ان أدى عتق وان لم يؤد لم يعتق فان امتنع من الاداء فقال ابو بكر يؤديه الامام منه ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ وهو قول ابي حنيفة ، ويحتمل كلام الحرقي انه اذا لم يؤد عجزه السيد ان أحب فانه قال اذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر عجزه السيد ان أحب وعاد عبداً غير مكاتب ونحوه قال الشافعي فانه قال ان شاء عجز نفسه وامتنع من الاداء ووجهه ان العبد لا يجبر على اكتساب ما يؤديه في الكتابة فلا يجبر على الاداء كسائر العقود الجائزة ووجه الاول انه يثبت للعقد استحقاق الحرية بملك ما يؤدي فلم يملك ابطالها كما لو أدى فان تلف اللال قبل أدائه جاز بمجزه واسترقاقه وجهاً واحداً

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أدى بعض كتابته و مات وفي يده وفاء وفضل فهو لسيد في اخرى الروايتين والاخرى لسيد ببقية كتابته والباقي لورثته)

ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه لزمه أخذه لانه زاده خيراً وان كان لا ينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله لان عليه فيه ضرراً

﴿مسئلة﴾ ولا بأس ان يجعل المكاتب لسيد و يضع عنه بعض كتابته مثل ان يكتبه على الف في نجمين الى سنة ثم قل - جعل لي خمسمائة حتى أضع عنك الباقي أو حتى أبرئك من الباقي أو قال صالحني منه على خمسمائة مجلة جاز ذلك . وبه يقول طاوس والزهرى والنخعي وأبو حنيفة وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبي ، وقال الشافعي لا يجوز لان هذا بيع الف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية وهو أن يزيد في الدين لا جل الأجل وهذا أيضا هبة لان هذا لا يجوز بين الاجانب والرايجري بين المكاتب وسيد فم يجز هذا بينهما كالا جانب .

ولنا أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح بدليل أنه لا يجبر على أدائه وله ان يمتنع من أدائه ولا تصح الكفالة به وما يؤديه الى سيد كسب عبده وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفاً على المكاتب فاذا أمكنه التمتع على وجهه يسقط عنه بعض ما عليه كان أبلغ في حصول العتق واخف على العبد ويحصل من السيد اسقاط بعض

يحتمل ان هذه المسئلة مبنية على ما قبلها فاذا قلنا انه لا يعتق بملك ما يؤدي ففد مات رقيقاً فانفسخت الكتابة بموته وكان ما في يده لسيدته ، وان قلنا انه عتق بملك ما يؤدي فقد مات حراً وعليه لسيدته بقية كتابته لانه دين له عليه والباقي لورثته

قال القاضي الاصح انه تنفسخ الكتابة بموته وموت عبدا وما في يده لسيدته رواء الاثرم باسناده عن عمر وزيد والزهري وبه قال ابراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعي لما ذكرناه في التي قبلها ولائنه مات قبل اداء مال الكتابة فوجب ان تنفسخ كما لو لم يكن له مال ولانه عتق علق بشرط مطلق فينقطع بالموت كما لو قال اذا أدبت الي ألفاً فأنت حر

(والرواية الثانية) يعتق ويموت حراً واسيدته بقية كتابته وما فضل لورثته . روي ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشرح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك واسحاق وأصحاب الرأي الا ان ابا حنيفة قال يكون حراً في آخر جزء من حياته وهذا قول القاضي ووجه هذه الرواية ما قدمنا في التي قبلها ولائنه معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع ولان العبد احد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والاولى اولى وتفارق الكتابة البيع لان كل واحد من المتعاقدين غير مقود عليه ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه والكتاب هو المقود عليه والعقد يتعلق بعينه فاذا تلف قبل تمام الاداء انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل قبضه ولانه مات قبل وجود شرط حريته ويتعذر وجوده بعد موته

ماله على عبده ومن الله تعالى اسقاط بعض ما اوجبه عليه من الاجل لمصلحته ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ويفارق الاجانب من حيث ان هذا عبده فهو أشبه بعبده القن وأما قولهم ان الربا يجري بينهما فيمنعه ما ذكره ابن أبي موسى وان سلمنا فان هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه وهو يخالف ربا الجاهلية فانه اسقاط لبعض الدين وربا الجاهلية زيادة في الدين تنفي الى نفاذ مال المدين وتحمله ما يعجز عن وفائه من الدين فيحبس من اجله وهذا يفضي الى تمجيل عتق للكتاب وخلاصه من الرق والتخفيف عنه فاقرقا

(فصل) فان اتفقا على الزيادة في الاجل والدين مثل ان يكتب على ان في نجبين الى سنة يؤدي خمسمائة في نصفها والباقي في آخرها فيجعلانها الى سنتين بالف ومائتين في كل سنة ستمائة او مثل ان يحل عليه نهم فيقول آخرني الى كذا وأزيدك كذا فلا يجوز لان الدين المؤجل الى وقت لا يتأخر اجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره وإذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التي في مقابلته ولان هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة في الدين الزيادة في الاجل ويفارق المسئلة الاولى من هذين الوجهين فان قيل فكما أن الاجل لا يتأخر فكذلك لا يتمجل ولا يصير المؤجل سالاً فلم جاز في المسئلة الاولى قلنا إنما جاز في المسئلة الاولى بالتمجيل فعلا فانه اذا دفع اليه الدين

(فصل) وإذا مات ولم يحلف وفاء فلا خلاف في الذم ان الكتابة تنفسخ بموته وبموت عبداً وماني يده لسيده وهو قول أهل الفتوى من أئمة الامصار إلا أن بموت بعد اداء ثلاثة أرباع الكتابة عند أبي بكر والقاضي ومن واقعا فانه يموت حراً في مقتضى قولهم وقال مالك ان كان له ولد حر انفسخت الكتابة وإن كان له مملوك في كتابته أجبر على دفع المال كله إن كان له مال وإن لم يكن له مال أجبر على الاكساب والاداء وقد روي عن علي رضي الله عنه انه يعتق منه بقدر ما أدى ، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي ﷺ قال « اذا أصاب المكاتب حداً او ميراثاً ورث بقدر ما أدى ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى ، وعن عمر وعلي والنخعي اذا أدى الشطر فلا رق عليه وقال ابن مسعود اذا أدى قدر قيمته فهو غريم وقد ذكرنا الجواب عن هذه الاقوال كلها فيما تقدم بما أغنى عن اعادته ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا تنفسخ الكتابة بالجنون لانها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالمجنون وفارق الموت لان العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون ولان القصد من الكتابة العتق والموت

المؤجل قبل محله جاز وجاز للسيد اسقاط باقي حقه عليه وفي هذه المسئلة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسئلة الاولى وهو ممتنع من وجه آخر لان في ضمن الكتابة انك متى اديت الي كذا فأنت حر فاذا أدى اليه ذلك فينبغي أن يعتق فان قيل فاذا غير الاجل والعرض فكلتهما فسخا الكتابة الاولى وجعلها كتابة ثانية قلنا لم يجر بينهما فسخ وانما قصدا بغير العوض والاجل على وجه لا يصح فبطل التغيير وبقي العقد بحاله ويحتمل ان يصح ذلك كما في المسئلة الاولى فلي هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع احدهما قبل التمسجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدين المتأخر لا يتأخر عن أجله ولا بتقديم وانما له أن يؤديه قبل محله ولمن له الدين ترك قبضه في محله وذلك الى اختياره فاذا وعده ثم رجع قبل الفعل فله ذلك

(فصل) وان صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه مثل ان يصالح عن التقوذ بمحنة أو شعير جاز الا أنه لا يجوز أن يصالحه على شيء مؤجل لانه يكون بيع دين بدين وان صالحه عن الدرام بدنانير أو عن الحنطة بشعير لم يجر التفرق قبل القبض لان هذا بيع في الحقيقة فيشترط له القبض في المجاس ، وقال القاضي يحتمل ان لا تصح هذه المصالحة مطلقا لان هذا دين من شرطه التأجيل فلم يجر المصالحة عليه بغيره ولأنه دين غير مستقر فهو كدين السلم ، وقال ابن أبي موسى لا يجري الربا بين المكاتب وسيده فلي قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما تجوز بين العبداتن وسيده والاولى ما ذكرنا ويفارق دين الكتابة دين السلم فانه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسئلة ففارقته لدين السلم أعظم

بنافيه ولهذا لا يصح عتق الميت والجنون لا ينافيه بدليل صحة عتق المجنون فعل هذا إن أدى اليه المال عتق لأن السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذي كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد وإن لم يؤد كان للسيد أن يحضره عند الحاكم وثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فإن وجد له مالا سلمه في الكتابة وعتق وإن لم يجد له مالا جعل له أن يعجزه ويلزمه الاتفاق عليه لأنه عاد قنأ ثم إن وجد له الحاكم بعد ذلك مالا يفي بمال الكتابة أبطل فسخ السيد لأن الباطن بان بخلاف ما حكم به فبطل حكمه كما إذا اخطأ النص وحكم بالاجتهاد إلا أنه يرد على السيد ما أنفق من حين الفسخ لأنه لم يكن مستحقاً عليه في الباطن ، وإن أفق فأقام البينة أنه كان قد دفع إليه مال الكتابة بطل أيضاً فسخ السيد ولا يرد عليه ما أنفق لأنه أنفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعاً بذلك فلم يرجع به وينبغي أن يستحلف السيد الحاكم أنه ما استوفى مال الكتابة وهذا قول أصحاب الشافعي ولم يذكره أصحابنا وهو حسن لأنه استوفاه والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه في استحلافه عليه

(فصل) وقتل المكاتب كونه في انفساخ الكتابة على ما أسلفناه من الخلاف سواء كان القاتل السيد أو الاجنبي ولا قصاص على قاتله الحر لأن المكاتب عبد مابقي عليه درهم فإن كان القاتل سيده ولم يخلف وفاة انفسخت الكتابة وعاد ماني يده الى سيده ولم يجب عليه شيء لأنه لو وجب لوجب

(مسألة) وإذا أدى وعتق فوجد السيد بالعوض عيباً فله أرشه أو قيمته ولا يرتفع العتق وجهلة ذلك أن المكاتب إذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقاً تبين أنه لم يعتق وكان وجود هذا الدفع كدمه لأنه لم يؤد الواجب عليه وقيل له إن أدت الآن والا فسخت كتابتك وإن كان قد مات بعد الاداء فقد مات عبداً فإن بان معيباً مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها نظرت فإن رضي بذلك وأمسكها استقر العتق فإن قبل يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد فإن ما يقابل العيب لم يقبضه فأشبه مالوكاتبه على عشرة فأعده تسعة قلنا امسكه العيب راضياً به رضا منه باسقاط حقه فجري إبرائه من بقية كتابته وإن اختار امسكه وانذر أرش العيب أو رده فله ذلك . قل أبو بكر وقياس قول أحمد أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الارش لأن العتق ائتلاف واستهلاك فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كمقد الخلع ولأنه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع .

وقال القاضي يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لأن العتق إنما يستقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء فارتفع العتق ، وهذا مذهب الشافعي لأن الكتابة عقد معاوضة يانقح بالتراضي فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع وإن اختار امسكه وأخذ الأرش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع لاتنا تبين أن ذمته لم تنهأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ظن وقوع

له فان قيل فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئا من تركه المقتول قلنا همنا لا يرجع اليه مال المالك ميراثا بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وانما يمنع القاتل الميراث خاصة الا ترى ان من له دين مؤجل إذا قتل من عليه الحق حل دينه وفي رواية وأم الولد إذا قتل سيدها عتقت وان كان المالك قد خلف وفاء وقلنا ان الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك وان قلنا لا تنفسخ بموته فله القيمة على سيده تصرف الى ورثته كما لو كانت الجناية على بعض أطرافه في حياته فن كان الوفاء يحصل بإيجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجبت كما لو خان وفاء لان دية للمقتول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرفها الى ورثته بينهم على فرائض الله تعالى ولا فرق فيما ذكرنا بين ان يخلف وارثا أولا يخلف وارثا وذكر القاضي أنه إذا لم يخلف وارثا سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال ولنا ان من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولا حق لسيده فيه لان صرفه الى سيده بطريق الارث والقاتل لا ميراث له وان كان القاتل أجنبيا وجبت القيمة لسيده الا في الموضع الذي لا تنفسخ الكتابة فانها تجب لورثته والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا مات السيد كان العبد على كتابته وما ادى فيمن ورثة سيد مقسوما كاليراث)

وجملة ذلك ان الكتابة لا تنفسخ بموت السيد لانهم فيه بين أهل العلم خلافاً وذلك لانه عقد

العتق لا يوقعه إذا بان الأمر بخلافه كما لو بان العوض مستحقاً وان تلفت العين عند السيد أو حدث بها علة عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتفاع العتق على ما ذكرنا فيما مضى ولو قال السيد لعبد ان أعطيتني عبداً فأنت حر فأعطاه عبداً فبان حراً أو مستحقاً لم يعتق بذلك لان معناه ان أعطيتني ملكا ولم يعطه إياه ملكا ولم يملكه إياه .

(فصل) وإذا دفع اليه مال الكتابة ظاهراً فقال له السيد أنت حر أو قال هذا حر ثم بان العوض مستحقاً لم يعتق بذلك لان ظاهره الاخبار عما حصل له بالإداء فلو ادعى المالك أن السيد قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فقول قول السيد مع يمينه لان الظاهر معه وهو أخبر بما نوى .

(فصل) قال رضي الله عنه ويملك المالك كسابه ومنافعه والشراء والبيع والاجارة والاستئجار والسفر وأخذ الصدقة والانفاق على نفسه وولده ورقيق وكل ما فيه صلاح المال يملك المالك كسابه ومنافعه والشراء والبيع باجماع أهل العلم لان عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحصل إلا بأداء عوضه ولا يمكنه الاداء إلا بالاكتساب ، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب فانه قد جاء في بعض الآثار أن تسعة أعشار الرزق في التجارة ويملك الاجارة والاستئجار قياساً على البيع والشراء ويملك السفر قريباً كان أو بعيداً ، وهذا قول الشعبي والنخعي والحسن بن صالح وأبي حنيفة وقد

لازم من جهته لا سبيل الى فسخه فلم يفسخ بموته كالباع والجاراة اذا ثبت هذا فان المكاتب يؤدي نجومه أو ما بقي منها الى ورثته لانه دين لموروثهم ويكون مقسوما بينهم على قدر موارثهم كسائر ديونه فان كان له أولاد ذكور واثاث فلذلك مثل حظ الاثنيين ولا يعتق حتى يؤدي الى كل ذي حق حقه فان أدى الى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى الى بعضهم فان كان بعضهم غائباً وكان له وكيل دفع نصيبه الى وكيله وان لم يكن له وكيل دفع نصيبه الى الحاكم وعتق وان كان مولياً عليه دفع نصيبه الى وليه إما ابنته أو وصيه أو الحاكم أو أمينه فان كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع اليها معاً وان كان الوارث رشيداً قبض لنفسه ولا تصح الوصية الى غيره ليقبض له لأن الرشيد ولي نفسه وان كان بعضهم رشيداً وبعضهم مولياً عليه فحكم كل واحد منهم حكمه لو انفرد وان اذن بعضهم له في الاداء الى الآخر وكان الذي اذن له في ذلك رشيداً فأدى الى الآخر جميع حقه عتق نصيبه فان كان معسراً لم يسر إلى نصيب شريكه وان كان موسراً عتق عليه كله وقوم عليه باقية كالأول كان بين شريكين فعتق أحدهما نصيبه وهذا ظاهر كلام الحرقي وهو أحد قولنا الشافعي وقول القاضي لا يسري عتقه وان كان موسراً وهو (اقول الثاني) للشافعي وقال أبو حنيفة لا يعتق إلا بآداء جميع مال الكتابة لانه أدى بعض مال الكتابة فشبّه بالوادع إلى السيد وان أبرأه من مال الكتابة برى منه وعتق وان أبرأه بعضهم عتق نصيبه وكذلك ان عتق نصيبه منه عتق والخلاف في هذا كله كالخلاف فيما إذا أدى الى بعضهم باذن الآخر

أطلق أصحابنا نقول في ذلك ولم يفرقوا بين السفر الطويل وغيره وقياس المذهب ان له منعه من سفر محل نجوم كتابته قبله لانه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في رقه عند عجزه فمنع منه كالغريم الذي يحل الدين عليه قبل مدة سفره واختلف قوله فقال في موضع له السفر وقتل في موضع ليس له السفر إذا كان قصيراً لانه في حكم الحاضر والموضع الذي منع منه إذا كان بعيداً يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع في رقه عند عجزه .

ولنا ان المكاتب في يد نفسه وأما للسيد عليه دين أشبه الحر المدين وما ذكره لأصله ويبطل بالحر الغريم وله أخذ الصدقة الواجبة والمستحقة لان الله تعالى جعل للمكاتبين الاخذ من الواجبة وإذا جاز الاخذ من الواجبة فالمستحقة أولى .

(مسئلة) (وان شرط عليه أن لا يسافر ولا يأخذ الصدقة فهل يصح الشرط ؟ على وجهين . إذا شرط السيد على مكاتبه أن لا يسافر ، فقال القاضي الشرط باطل ، وهو قول الحسن وسعيد ابن جبير والشعبي والنخعي وأبي حنيفة لانه يناقض مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ولانه غريم فلم يصح ترك السفر عليه كما لو أقرض لرجل قرضاً بشرط أن لا يسافر وقال ابو الخطاب يصح الشرط وله منعه من السفر وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم »

ولنا على أنه يعتق نصيب من أبرأه من حقه عليه أو استوفى نصيبه باذن شر كائنه أنه أبرأه من جميع ماله عليه فوجب أن يلحقه العتق كالأبرأه سيده من جميع مال الكتابة وفارق ما إذا أبرأه سيده من بعض مال الكتابة لأنه ما أبرأه من جميع حقه

ولنا على سرية عتقه أنه إعتاق لبعض العبد الذي يجوز اعتقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه فوجب أن يسري عتقه كما لو كان قنا ولأنه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كمثل الوفاق فإن قيل في السرية ضرر بالشركاء لأنه قد يعجز فيرد إلى الرق قلنا إذا كان العتق في محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذي لا كتابة فيه فلان يزيل عرضية ذلك بطريق الأولى

(مسئلة) قال (وولاؤه لسيدة وإن عجز فهو عبد لسائر الورثة)

أما إذا عجز ورد في الرق فإنه يكون عبداً لجميع الورثة كما لو لم يكن مكاتباً لأنه من مال مورثهم فكان بينهم كسائر المال وأما إذا أدى مال الكتابة وعتق فقال الخرقى يكون ولاؤه لمكاتبه يختص به عصباته دون أصحاب الفروض وهذا قول أكثر الفقهاء وهو اختيار أبي بكر ونقله إسحاق بن منصور عن أحمد رحمه الله وإسحاق وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال اختلف الناس في المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته قال بعض الناس الولاء للرجال والنساء

ولأنه شرط له فيه فائدة فلزم كالأول شرط تقدماً معلوماً وبيان فائدته أنه لا يأمن أباقه وأنه لا يرجع إلى سيده فيموت العبد والذل الذي عليه ويفارق القرض فإنه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب بأخذه ومنع الغريم السفر قبل إيفائه فكان النفع من السفر حاصلًا بدون شرطه بخلاف الكتابة فإنه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله وهذا أصح أن شاء الله تعالى فعلى هذا الوجه لسيدة منعه من السفر فإن سافر بغير إذنه فله رده إن أمكنه وإن لم يمكنه رده احتمال أن له تعجيزه وورده إلى الرق لأنه لم يف بـ شرط عليه أشبه ماله لم يف بأداء الكتابة واحتمل أن لا يملك ذلك لأنه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجيزه كما لو لم يشرط عليه.

(فصل) وإن شرط عليه أن لا يسأل الناس فقال أحمد قال جابر بن عبد الله هم على شروطهم إن رأيتهم يسأل تنهأ فإن قل لأعود لم يردده عن كتابته في مرة فظاهر هذا أن الشرط صحيح لازم وأنه إن خالف مرة لم يعجزه وإن خالف مرتين أو أكثر فله تعجيزه قال أبو بكر إذا رآه يسأل مرة في مرة عجزه كما إذا حل نجم في نجم عجزه فاعتبر الخاتمة في مرتين كحلول نجمين وإنما سرح الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون على شروطهم» ولأن له في هذا فائدة وغرضاً صحيحاً وهو أن

وقال بعض الناس لا ولاء للنساء لان هذا انما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاة إلا ما كاتبن أو أعتقن ولكل وجه والذي إراه وينبغي علي أنهن يرثن وذلك لان المكاتب لو عجز بعد وفاة السيد رد رقيقاً وهذا قول طاوس والزهري وذلك لان المكاتب انتقل الى الورثة بموت المكاتب فكان ولاؤه لهم كما لو انتقل الى المشتري ولانه يؤدي الى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو أدى الى المشتري ووجه الاول ان السيد هو النعم بالعق فكان الولاة له كما لو أدى اليه ولان الورثة انما ينتقل اليهم ما بقي للسيد وانما بقي للسيد دين في ذمة المكاتب والفرق بين الميراث والشرء ان السيد نقل حقه في البيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ويبني على ما فعله موروثه ولا ينتقل اليه شيء أمكن بقاؤه لموروثه والولاة مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب ان لا ينتقل عنه

(فصل) فان اعتقه الورثة صح عتقهم لانه ملك لهم فصح عتقهم له ولان السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم ويكون ولاؤه لهم لقول النبي ﷺ «أما الولاة لمن اعتق» وان اعتق بعضهم نصيبه فنق عليه كله قرم عليه نصيب شركائه وكذا ولاؤه لوان لم يرد عتقه لكونه معسراً وغير ذلك فله ولاء ما اعتقه للخبر ولانه منه ما عليه بالعق فكان اولاء له كغير المكاتب وقول

لا يكون كلاً على الناس ولا يطعمه من صدقهم وأوساخهم وذكر ابو الخطاب انه لا يصح الشرط لان الله تعالى جعل للمكاتب سهماً من الصدقة بقوله تعالى (وفي الرقاب) وهم المكاتبون فلا يصح اشتراط ترك طلب ما جعل الله له .

(مسألة) (وله الاتفاق على نفسه وولده ورقيقه وكل ما فيه صلاح الدل) .

لان له التصرف في المال بما يعود بمصلحته ومصلحة ماله والاتفاق على نفسه وولده ورقيقه من أهم المصالح فينفق عليهم ما يحتاجون اليه من ماكلهم ومترهم وكسوتهم بالمعروف مما لاغى لهم عنه والحيوان الذي له وله تأديب عبيده وتعزيرهم اذا فعلوا ما يستحقون ذلك لانه من مصلحة ملكه فملكه كالنفقة عليهم ولا يملك إقامة الحد عليهم لانه موضع ولاية وما هو من أهلها وله ان يختارهم لانه من مصلحتهم وله المداينة بالشفعة والاخذ بها لانه نوع شراء فان كان المشتري للشخص سيده فله أخذه منه لأن له أن يشتري منه وان اشترى المكاتب شقصاً لسيدة فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة لانه مع سيده في باب البيع والشراء كالاجنبي وان وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المكاتب أن سيده عفا عنها سمعت دعواه وان انكره السيد كان عليه اليمين وان أذن السيد لمكاتبه في البيع بالمحاباة صح منه وكان لسيدة الاخذ بالشفعة لان بيعه بالمحاباة مع سيده فيه صحيح ويصح اقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين لانه يصح تصرفه فيه بذلك ومن ملك شيئاً ملك الاقرار به .

القاضي ان اعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد وان أعتق بعضهم لم يسر عتقه ثم ينظر فان أدى الى الباقي عتق كله و كان ولاؤه للسيد وان عجز فردوه الى الرق كان ولاؤه نصيب العتق له لانه لو لا اعتاقه لماد سهمه رقيقاً كسهم بئر الورثة فلما اعتقه كان هو النعم عليه فكان الولاء له دونهم فاما ان أبرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما اذا أدى اليهم لان الأبراء جرى مجرى استيفاء ما عليه ويحتمل ان يكون الولاء لهم لانهم انعموا عليه بما عتق به فاشبه ما لو اعتقوه وان أبرأه بعضهم من نصيبه كان في ولائه ما ذكرنا من الخلاف والله أعلم

(فصل) إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبتهم لانهم يقومون مقام المكاتب والمكاتب يملك بيعه وهبته فكذلك ورثته ويكون عند المشتري والموهوب له مبقى على كتابته فان عجز فمجزه عادرقيقاً له وان أدى وعتق كان ولاؤه لمن يؤدي اليه على الرواية التي تقول ان ولاؤه للورثة اذا أدى اليهم وأما على الرواية الاخرى فيحتمل ان لا يصح بيعه ولا هبته لان ذلك يقتضي ابطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كاتبه وليس ذلك للورثة ويحتمل ان يصح ويكون الولاء للسيد ان عتق بالكتابة لان السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه له ويفارق ما باعه السيد لان السيد يبيعه ابطال حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فانهم لا يملكون ابطال حق موروثهم

﴿مسئلة﴾ (وليس له ان يتزوج ولا يتسرى ولا يتبرع ولا يقرض ولا يحابي ولا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه ولا يعتق ولا يكاتب إلا باذن سيده).

وجملة ذلك أن المكاتب ليس له ان يتزوج الا باذن سيده ، وهو قول الحسن ومالك والليث وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف ، وقال الحسن بن صالح له ذلك ، لانه عقد معاوضة أشبه البيع .

ولنا قول النبي ﷺ «أبما عبد تزوج بغير إذن ماله فهو عاهر» ولان على السيد ضرراً لانه ان عجز رجع اليه ناقص القيمة ويحتاج ان يؤدي المهر والنفقة من كسبه فيعجز عن أداء نجومه فيمنع من ذلك كالتبرع به فعلى هذا اذا تزوج لم يصح وقال الثوري نكاحه موقوف ان أدى تبيننا انه كان صحيحاً وان عجز فنكاحه باطل .

ولنا الخبر ولانه تصرف منعمه للضرر فلم يصح كالهبة . اذا ثبت هذا فانه يفرق بينها ولا مهر لها ان كان قبل الدخول وان كان بعده فعليه مهر المثل يؤدي من كسبه كجنايته فان أنت بولد لحقه نسبه لانه من وطء في نكاح فاسد فان كانت المرأة حرة فهو حر وان كانت امه فهو رقيق لسيدها ، فان أذن له سيده في النكاح صح في قول الجميع فان الخبر يدل بمفهومة على انه يصح اذا اذن له لان المنع من نكاحه لحق السيد فاذا اذن فيه زال المانع وقياساً على ما اذا اذن لعبده الثمن

(فصل) وإن وصى السيد بمال الكتابة لرجل صح فإن سلم مال الكتابة إلى الموصى له أو وكيله أو وليه إن كان محجوراً عليه برىء منه وعق وولاه سيده الذي كاتبه لأنه المنعم علياً وإن أبرأه من المال عتق أيضاً لأنه برىء من مال الكتابة فأشبهه مملوك أدى وإن اعتقه لم يعتق لأنه لا يملك رقبة ولا وصى له بها وإنما وصى له بالمال الذي علياً وإن عجز ورد في الرق عاد عبد الورثة وما قبضه الوصي الموصى له من المال فهو له لأنه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر في تعجيله إلى الورثة لأن الحق ثبت لم يتمعيه ويصير العبد لم فككت الحيزة في ذلك اليهم وإنما الوصى له فإن حقه ووصيته تبطل بتمعيه فلم يكن له في ذلك حق وإن وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى إلى رجل بقبضه وتفرقه بينهم صح ومتى سلم المال إلى الوصي برىء وعق وإن أبرأ منه لم يبرأ لأن الحق لغيره وإن دفعه المساكين إلى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق لأن التمين إلى الوصي دونه وإن وصى بدفع المال إلى غرمائه تعين انقضاء منه كما لو وصى به عطية له وإن كان أوصى بقضاء ديونه مطلقاً كان على المساكين أن يجمع بين الورثة والوصي بقضاء الدين ويدفعه اليهم بحضرته لأن المال للورثة ولم أن يقضوا الدين منه ومن غيره وللوصي في قضاء الدين حق فيه لأن لهم منهم من اتصرف في التركة قبل قضاء الدين

(فصل) إذا مات رجل وخلف ابنين وعبداً مدعى العبد أن سيده كاتبه فصدقه ثبتت الكتابة

(فصل) وأيسر له التمسري بغير إذن سيده لأن ملكه ناقص . وقول الزهري لا يذني لاهله أن يمنعه من التمسري .

ولنا أن على السيد فيه ضرراً فنع منه كالتزويج وبيان الضرر أنه ربما أحباها والحمل عيب في بنات آدم وربما تلفت وربما ولدت فصارت أم ولد يتمتع عليه بيعها في أداء كتابته فإن عجز رجعت إلى سيده ناقصة وإذا منع من التزويج لضرره فهذا أولى فإن إذن له سيده جاز وقال الشافعي لا يجوز في أحد القولين لأنه أمر يضر به وربما أفضى إلى منعه من العتق فلم يجز بإذن السيد .

وأما أنلو إذن عبده تم في التمسري جاز فللكتاب أولى ولأن المنع كان لاجل الضرر بالسيد فجاز بإذنه كالتزويج إذا ثبت هذا فإنه أن تسرى بإذن سيده أو غير إذن فلاحده عليه لشبهة الملك ولا مهر عليه لأنه لو وجب لوجب له ولا يجب على الإنسان شيء لنفسه فإن ولدت فالنسب لاحق به لأن الحد إذا سقط للشبهة لحقه النسب ويكن الولد مملوكاً لأنه ابن أمته ولا يعتق عليه لأن ملكه غير تام وأيسر له بيعه لأنه ولده ويكون موقفاً على كتابته فإن أدى عتق وعق الولد لأنه ملك لا يبيعه الحر وإن عجز وعاد إلى الرق فولد رقيق أيضاً ويكونان مملوكين للسيد

(فصل) وأيسر له أن يزوجه عبده وأما بغير إذن سيده وهذا قول الشافعي وابن المنذر وذكر عن مالك أن له ذلك إذا كان على وجه النظر لأنه عتق على منعة فملكه كالأجارة وحتى

لان الحق لها وان أنكره وكانت له بينة بدعواه ثبتت الكتابة وعتق بالاداء اليهما ، وان عجز فلها رده إلى الرق ، وان لم يعجزه وصبر اعليه لم يملك الفسخ وان عجزه أحدهما وأبى الآخر تمييزه بقي نصفه على الكتابة وعاد نصفه الآخر رقيقاً ، وان لم تكن له بينة فاقول قولهما مع أيمانها لان الاصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون أيمانهم على نفي العلم فيحلفان بالله انهما لا يعلمان ان أباهما كاتبه لانها بين على نفي فعل الغير فان حلفا ثبت رقه وان نكلا قضي عليهما اوردت ليمين عليه على قول من قضى بردها فيحلف العبد وتثبت الكتابة ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى برق نصفه وكتابة نصفه وان صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البينة في نصفه الآخر فان لم تكن له بينة وحلف النكر صار نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً فنا فان شهد المقر على أخيه قبات شهادته لانه لا يجربها إلى نفسه نفياً ولا يدفع بها ضرراً فان كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه وان لم يشهد معه غيره فهل يحلف العبد معه على روايتين وان لم يكن عدلاً او لم يحلف العبد معه وحلف النكر كان نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً ويكون كسبه بينه وبين النكر نصفين ونفقته من كسبه لانها على نفسه وعلى مالك نصفه فان لم يكن له كسب كان على النكر نصف نفقته ثم ان اتفق هو ومالك نصفه على المايأة معاومة او مشاهرة او كيفا كان جاز وان طلب ذلك أحدهما وامتنع الآخر فظاهر كلام احمد انه يجبر عليها وهو قول ابي حنيفة لان النافع مشتركة بينهما فاذا أراد أحدهما

عن التامضي انه قل في الخصال له تزويج الامة دون العبد لانه يأخذ عوضاً عن تزويجها بخلاف العبد ولانه عقد على منافعها اشبه اجارتها

ولنا ان على السيد فيه ضرراً لانه ان زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بمقوق النكاح ونقص قيمته وان زوج الامة ملك الزوج بضمها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها ورعا امتنع يدها بالكيفية وليس ذاك من جهات المكاسب فربما اعجزه ذلك عن أداء نجومه وان عجز عادية السيد مع ما تعلق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص وفارق الاجارة فانها من جهات المكاسب عادة فعلى هذا ان وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم اليه باعهم فان العبد متى طلب التزويج حبه سيده بين بيعه وتزويجه وان اذن السيد في ذلك جاز لان الحق له والنفع منه

(فصل) وليس له استهلاك ماله ولا هبته وبه قال الحسن ومالك والثوري والشافعي والثوري وأصحاب الرأي ولا تعلم فيه خلافاً لان حق سيده لم ينقطع عنه لانه قد يعجز فيعود اليه ولان المقصد من الكتابة تحصيل العتق بالاداء وهبة ماله تفوت ذلك وتجاوز باذن سيده وقال أبو حنيفة لا تجاوز لانه يفوت المقصود بالكتابة وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا ان الحق لا يخرج عنها فجاز باتفاقها كالراهن والمرتهن ولا تصح الهبة بالثواب وقال الشافعي في أحد قوله تصح لان فيها معاوضة

حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر إجابته كالأعيان ويحتمل أن لا يجبر وهو قول الشافعي لأن
المهاياة تأخير حقه الحل لأن المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما فلا تجب الإجابة إليه كتأخير دينه
الحال فإن اقتسم الكسب مهاياة أو مناصفة فلم ينف باداء نجومه فلم يقر رده في الرق وما في يده له خاصة
لأن المنكر قد أخذ حقه من الكسب وإن اختلف المنكر والقر فيما في يد المالك فمال المنكر هذا
كان في يده قبل دعوى الكتابة وكسبه في حياة أيدينا أنكر ذلك المقر فقول قوله مع يمينه لأن المنكر
يدعي كسبه في وقت الأصل عدمه فيه ولأنه لو اختلف هو والمالك في ذلك كان القول قول المالك
فكذلك من يقوم مقامه وإن أدى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر إلى نصيب شريكه لأنه
لم يباشر العتق ولم يتسبب إليه وإنما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد
ولأن المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضا لأنه قد قبض من العبد مثل ما قبض فقد حصل أداء مال
الكتابة إليهما جميعا فعتن كله بذلك وولاء هذا النصف للمقر لأن أخاه لا يدعيه وهذا المقر يدعي
أنه كله قد عتق بالكتابة وهذا الولاء الذي على هذا النصف نصيب من الولاء ، وقل أصحاب الشافعي
في ذلك وجهان (أحدهما) كقولنا

(والثاني) الولاء بين الاثنين لأنه ثبت لمورسهما فكان لهما بالميراث والصحيح ما قلناه لما ذكرناه
ولا يمنع ثبوت الولاء الثابت واختصاص أحد الاثنين به كما لو ادعى أحدهما ديناً لآبيه على إنسان

ولنا أن الاختلاف في تقدير اثواب يوجب الفرر ولأن عوضها يتأخر فهو كالبيع نسيئة وإن اذن
السيد فيها جازت ولذلك أن وهب لسيدة أو لابن سيده الصغير جاز لأن قبوله للهبة إذن فيها وليس
له أن يجابي في البيع ولا يزيد في الثمن الذي اشترى به لأنه اتلاف للمال على سيده فأشبه الهبة ولا يجوز
له أن يعير دابته ولا يهدي هدية وأجاز ذلك أصحاب الرأي ويحتمل جواز إدارته دابته وهدية المأكل
ودعائه إليه كالمأذون له لأن المالك لا ينحط عن درجته ووجه الأول أنه تبرع بماله فلم يجز كالهبة
وليس له أن يوصي بماله ولا يحط عن المشتري شيئاً ولا يقرض لأنه يرضه للاتلاف ولا يضمن ولا
يتكفل بما دونه قل الشافعي وأصحاب الرأي لأن ذلك تبرع بماله فهو كالهبة ولا يقتص من عبده
الجاني على بعض رقيقه ذكره أبو بكر لأن فيه اتلاف للمال على سيده وقال القاضي له أن يقتص من
الجناة عليه وعلي رقيقه ويأخذ الأرض لأن فيه مصاحته

(فصل) ولا يعتق رقيقه إلا بأذن سيده وبه قال الجمن والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة
لأن فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيما لا يحصل له بماله أشبه الهبة فإن اعتق لم يصح اعتاقه ويتخرج
أن يصح ويتف على إذن سيده وقال أبو بكر هو موقوف على آخر أمر المالك فأن أدى عتق معتقه
وإن لم يؤد رق قال القاضي هذا قياس المذهب كقولنا في ذوي الأرحام أنهم موقوفون
ولنا أنه تبرع بماله بغير إذن سيده فكان باطلا كالهبة ولأنه تصرف تصرفاً ممنوعاً منه لحق سيده

وأنكره الآخر فإن المدعي يأخذ نصيبه من الدين ويختص به دون أخيه وإن كان يرثه عن الأب وكذلك لو ادعياه معاً وأقاما به شاهداً واحداً خلف أحدهما مع الشاهد وأبى الآخر فإن اعتق أحدهما حصته عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسراً وهذا قول الخرقى لقول النبي ﷺ « من اعتق شركاً له من عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم ولأنه موسراً عتق نصيبه من عبد مشترك فسرى إلى باقيه كغير المكاتب وقال أبو بكر والقاضي لا تعتق إلا حصته لأنه إن كان المعتق المقر فهو منفذ وإن كان النكر لم يصير إلى نصيب المقر لأنه مكاتب لغيره وفي سرية العتق إليه إبطال سبب الولاء عليه فلم يجز ذلك

(مـثـلـة) قال (ولا يمنع المكاتب من السفر)

وجملته أن المكاتب لا يمنع من السفر قريباً كان أو بعيداً وهذا قول الشعبي والنخعي وسعيد ابن جبير وأشوري والحسن بن صالح وأبي حنيفة ولم يفرق أصحابنا بين السفر الطويل وغيره لكن قياس المذهب أن له منعه من سفر محل نجوم كتابته قبله لأنه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في وقته عند عجزه فمنع منه كالغريم الذي يحل عليه الدين قبل مدة سفره واختلف قول الشافعي فقال في موضع له السفر وفي قول ليس له السفر فقال ببعض أصحابه فيها قولان وقل بعضهم

فكان باطلاً كسائر ما منعه منه ولا يصح قياسه على ذوي أرحامه لأن عتقهم ليس بتصرف منه وإنما يعتقهم الشرع على مالهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يتقوا به فذا عتق كل ملكه فعتقوا حينئذ والمعتق إنما يعتق بالاعتاق الذي كان باطلاً فلا تبيين صحته إذا كل الملك لأن كمال الملك في الثاني لا يوجب كونه كاملاً حين الاعتاق ولذلك لا يصح سائر تبرعاته بأدائه فإن أذن فيه سيده صح وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح لأن تبرعه بماله يفوت المقصود من كتابته وهو العتق الذي هو حق لله تعالى أو فيه حق له فلا يجوز تفويته وإن العتق لا ينفك من الولاء وليس من أهله ولأن ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك اعتاق ما في يده ولا هبته فلم يصح إذنه فيه

ولذا إن الحق لا يخرج عنها فإذا اتفقا على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن وما ذكره يبطال بالنكاح فإنه لا يملكه ولا يملكه السيد عليه وإذا أذن فيه جاز وأما الولاء فإنه يكون موقوفاً فإن عتق المكاتب لأن له والأفوه لسيدته كما يرق بمال يملكه من ذوي أرحامه هذا قول القاضي وقال أبو بكر يكون لسيدته كان اعتاقه إنما صح بإذن سيده فكان كتابته

(فصل) قال شيخنا وليس له أن يخرج إذا احتاج إلى اتفاق ماله فيه وذكر في كتاب الاعتكاف أن له أن يخرج بغير إذن سيده لأنه كالحرة المدين وتقل الميموني عن أحمد المكاتب أن يخرج من المال الذي جمعه إذا لم يأت نجبه قال شيخنا وذلك محمول على أنه يخرج بإذن سيده أما بغير إذن فلا يجوز

ليست على قولين انما هي على اختلاف جالين فلو وضع الذي قل له السفر اذا كان قصيراً لانه في حكم الحاضر والموضع الذي منع منه اذا كان بعيداً يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع في رقه عند عجزه ولنا ان المكاتب في يد نفسه وانما للسيد عليه دين فأشبه الحر للدين ، وما ذكره لا أصل له وببطلان بالحر الغريم

(فصل) فان شرط عليه في الكتابة ان لا يسافر فقل القاضي : الشرط باطل وهو قول الحسن وسعيد بن جبير والشعبي والنخعي وأبي حنيفة لانه ينافي مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ولانه غريم فلم يصح شرط ترك السفر عليه كما لو اقضه رجل قرضاً بشرط ان لا يسافر وقل أبو الخطاب يصح الشرط وله منعه من السفر وهو قول مالك لقول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولانه شرط له فيه فائدة فلم يكره لو شرط تعدياً معلوماً وبيان فائدته أنه لا يأمن اباؤه وأنه لا يرجع الى سيده فيفوت العبد والمال الذي عليه ويقارق اقراض فانه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب بأخذه ومنع اغريم السفر قبل ايفائه فكان النفع من السفر حصلاً بدون شرطه بخلاف الكتابة فانه لا يمكن السيد منعه من السفر الا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله وهذا نصح ان شاء الله تعالى ، وأولى فعلى هذا الوجه لسيد منعه من السفر فان سافر بنير اذنه فله رده ان امكته وان لم يمكنه رده احتمل ان له تمجيذه ورده إلى الرق لانه

لانه تبرع بما ينفق ماله فيه فلم يجز كالعقود فما ان أمكنه الحج من غير انفاق ماله كالأذى يتبرع له انسان باحجابه او يخدم من ينفق عليه فيجوز إذا لم يأت نجمة لان هذا يجري مجرى تركه المكسب وليس ذلك مما يمنع منه

(فصل) وليس للمكاتب ان يكتب الاباذن سيده وهذا قول الحسن والشافعي لان الكتابة نوع اعتاق فلم تجز من المكاتب كالمعجز ولانه لا يملك الاعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون واختيار القاضي جواز الكتابة وهو الذي ذكره أبو الخطاب في ردوس المسائل وهو قول مالك وأبي حنيفة واثوري والاوزاعي لانه نوع معاوضة فأشبه البيع وقال أبو بكر هو موقوف كقوله في العتق المنجز فان اذن فيها السيد صحت ، وقال الشافعي فيها قولان وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

❦ مسألة ❦ (وولاء من يعتقه ويكاتبه لسيد)

إذا كاتب عبده فمعجزاً جميعاً صاراً رقيقين للسيد وان أدى المكاتب الاول ثم أدى الثاني فولاء كل واحد منهما لمكاتبه وإن أدى الاول وعجز الثاني صار رقيقاً للاول وان عجز الاول وأدى الثاني فولاًؤه للسيد الاول وإن أدى الثاني قبل عتق الاول عتق قل أبو بكر وولاًؤه للسيد وهو قول أبي حنيفة لان العتق لا ينفك عن الولاء والولاء لا يوقف لانه سبب يورث به فهو كالنسب

لم يف بما شرطه عليه أشبه ما لو لم يف بإداء الكتابة واحتمل ان لا يملك ذلك، لانه مكنت كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تمجيذه كما لو لم يشترط عليه (فصل) وان شرط في كتابته ان لا يسأل فقال أحد قال جابر بن عبد الله هم على شروطهم ان رأيه يسأل تنهأ فان قال لا أعود لم يرد عن كتابته في مرة فظاهر هذا ان الشرط صحيح لازم وأنه ان خالف مرة لم يعجزه وإن خالف مرتين أو أكثر فله تمجيذه . قال أبو بكر اذا رآه يسأل مرة في مرة عجزه كما إذا حل نجم في نجم عجزه فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين وإنما طح الشرط لقوله ﷺ المسلمون على شروطهم « ولان له في هذا فائدة وغرضاً صحيحاً وهو أن لا يكون كلا على الناس ولا يطعمه من صدقهم وأوساخهم وذكر أبو الخطاب أنه لا يصح الشرط لان الله تعالى جعل للمكاتب سبباً من الصدقة بقوله تعالى (وفي الرقاب) وهم المكاتبون فلم يصح اشتراط ترك طلب ما جعله الله تعالى له

﴿ مسألة ﴾ قال (وليس له ان يتزوج الا باذن سيده)

وهذا قول الحسن ومالك والليث وابن أبي ليلى وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف وقيل الحسن ابن صالح له ذلك لانه عقد معاوضة أشبه البيع

ولان الميراث لا يقف كذلك سببه ، وقال القاضي هو موقوف ان أدى عتق والولاء له وإلا فهو للسيد ، وهذا أحد قولي الشافعي لقول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن اعتق » ولان العبد ليس بملك له ولا يجوز ان يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه وقولهم لا يجوز ان يقف كالم يقف النسب والميراث ليس كذلك فان اتنسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه إذا لم تلحقه القافة بأحد الوالدين وكذلك الميراث يوقف على ان الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل وهو ما يجزه مولى الاب من مولى الام فجاز ان يكون موقوفاً والنسب والميراث بخلاف ذلك فان مات المعتق قبل عتق المكاتب وقلنا الولاء للسيد ورثه ، وإن قلنا هو موقوف فبرائه أيضاً موقوف .

﴿ مسألة ﴾ (وليس له ان يبيع نسيئة وان باع السلعة بأضعاف قيمتها وهذا مذهب الشافعي)

لان فيه تقريراً بالمسال وهو ممنوع منه لتعلق حق السيد به . قال القاضي ويتخرج الجواز بناء على المضارب ان له البيع نسيئة في إحدى الروايتين فيخرج ههنا مثله وسواء أخذ ضميناً أو رهيناً أو لم يأخذ لان الغرر باق لانه يحتمل ان يتلف الرهن ويمس القريم والضمين ، ويحتمل ان يجوز مع الرهن والضمين لان الوثيقة قد حصلت به والعوارض نادرة على خلاف الاصل فان باع (المغني والشرح الكبير) (٤٨) (الجزء الثاني عشر)

ولنا قول النبي ﷺ «أما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر» ولأن على السيد فيه ضرراً
لأنه ربما عجز ف يرجع إليه ناقص القيمة ويحتاج أن يؤدي المهر والنفقة من كسبه فيعجز عن تأدية
نجمه فيمنع من ذلك كالتبرع به
إذا ثبت هذا فإنه إذا زوج لم يصح تزويجه وقال الثوري نكاحه موقوف إن أدى تبين أنه
كان صحيحاً وإن عجز فنكاحه باطل

ولنا الخبر ولأنه تصرف منه للضرر فلم يصح كالهبة وما ذكره لأصل له فإذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما
فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعده فعليه مهر مثلها يؤدي من كسبه لأنه بمنزلة جنايته وإن
أنت بولد لحقه نسبه لأنه من وطء في نكاح فاسد فلن كانت المرأة حرة فهو حر وإن كانت أمة
فولدها رقيق لسيدها ، فأما أن أذن له سيده في النكاح صح منه في قولهم جميعاً فإن الخبر يدل
بمفهومه على صحة تزويجه إذا أذن له ولأن المنع من نكاحه لحق سيده فإذا أذن له زال المانع ولأنه
لو أذن له بعده القن في النكاح صح منه فالمكاتب أولى

(فصل) وليس له التسري بغير إذن سيده لأن ملكه غير تام ، وثالث الزمري لا ينبغي لأهله
أن يمنعه من التسري

ولنا إن ملكه ناقص وعلى السيد فيه ضرر فيمنع منه كالتزويج وبيان الضرر فيه أنه ربما

بأكثر من قيمته حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز لأن الزيادة ربح وإن اشترى نسيئة جاز لأنه لا غدر
فيه ولا يجوز أن يدفع به رهناً لأن الرهن أمانة وقد يتلف أو يمجده الغريم وليس له أن يدفع مال
سلباً لأنه في معنى البيع نسيئة وله أن يستلف في ذمته لأنه في معنى الشراء نسيئة وله أن
يقترض لأنه ينتفع بالمال وليس له أن يدفع ماله مضاربة لأنه يسلمه إلى غيره فيغرر به وفي الرهن والمضاربة
وجه آخر أنه لا يجوز له أن يأخذ قرضاً لأنه من أنواع الكسب ومذهبنا في هذا الفصل كله على ما ذكرنا
﴿مسئلة﴾ (ولا يكفر بالمال وعنه له ذلك باذن سيده)

إذا ألزمت المكاتب كفارة ظهار أو جماع في رمضان أو قتل أو كفارة يمين لم يكن له التكفير
بالمال لأنه عبد ولأنه في حكم الممسر بدليل أنه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله أخذ الزكاة
لحاجته وكفارة العبد والممسر الصيام وإن أذن له سيده في التكفير بالمال جاز لأنه بمنزلة التبرع
ولأن المنع لحقه وقد أذن فيه ولا يلزمه التكفير بالمال وإن أذن فيه السيد لأن عليه ضرراً لما يفضي
إليه من تفويت حرية كما أن اتبرع لا يلزمه باذن سيده

وقال القاضي المكاتب كالعبد اتن في التكفير ومتى أذن له سيده في التكفير بالمال أنبني
على ماك العبد بالتملك فإن قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بغير الصيام سواء أذن فيه أو لم يأذن لأنه
يكفر بما ليس بمملوك له وإن قلنا يملك بالتملك صح تكفيره بالأطعام إذا أذن فيه السيد وإن أذن

أحبلها والحبل مخوف في بنات آدم وربما تافت وربما ولدت فصارت أم ولد فيجتمع عليه بيعها في أداء كتابتها وإن عجزت رجعت إلى السيد ناقصة فإذا منع من التزويج لضرره فهذا أولى ، فلما إن أذن له سيده في التسري جاز له

وقال الشافعي لا يجوز له ذلك وإن أذن فيه سيده في أحد القولين لأنه أمر بضره وربما أفغى إلى منعه من العتق فلم يجوز وإن أذن فيه سيده ولا أنه ناقص الملك فلم يجوز له التسري كوطء الجارية المشتركة ولنا أنه لو أذن لعبده القن في التسري جاز فالمكاتب أولى ولأن النكاح كان لأجل الضرر بالسيد فجاز تأديبه كالتزويج . إذا ثبت هذا فإنه إذا تسرى باذن سيده أو غير إذنه فلا جد عليه لشبهة الملك ولا مهر عليه لأنه لو وجب لوجب له ولا يجب على الإنسان شيء لنفسه وإن حبلت فالتنسب لاحق به لأن الحد إذا سقط بالشبهة لحقه النسب ويكون الولد مملوكاً له لأنه ابن أمته ولا يعتق عليه لأن مملوكه غير تام وليس له بيعه لأنه ولده ويكون موقوفاً على كتابته فإن أدنى عتق وعتق الولد لأنه ملك لأبيه الحر وإن عجز وعاد إلى الرق فولده رقيق أيضاً ويكونان مملوكين للحيد فأما الامه فإن ولدت قبل عتقه وعجزه فإنها تصير أم ولد للمكاتب وليس له بيعها فبيعه عليه أحد لأن ولدها له حرمة الجارية ولا يجوز بيعه ويعتق بعتق أبيه فكذلك أمه فلي هذا لا يجوز بيعها وتكون موقوفة على المكاتب إن عتق فهي أم ولده وإن رق رقت

له في التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين نذكرهما في تكفير العبد إن شاء الله تعالى قال شيخنا والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه في المكاتب لأنه يملك المال بغير خلاف وإنما مملوكه ناقص لتعلق حق سيده به فإذا أذن له سيده فيه صح كالتبرع

﴿مسئلة﴾ (وهل له أن يرهن أو يضارب ؟ بمحمل وجهين)

(أحدهما) لا يجوز لأن في دفع ماله إلى غيره تفريراً به وفي الرهن خطر لأنه قد يئلف أو يمجده الغريم وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يجوز لأنه قد يرى الخط فيه بدليل أن لولي اليتيم أن يضعه في مال اليتيم فجاز كإجارته

﴿مسئلة﴾ (وليس له شراء ذوي رحمه إلا باذن سيده)

لأنه تصرف يؤدي إلى اتلاف ماله لأنه يخرج من ماله ما يجوز اتصرف فيه في مقابلة ما لا يجوز له اتصرف فيه أشبه الهبة وهذا قول الشافعي وقال إمامي له ذلك وهو قول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي لأنه اشترى مملوكاً لا ضرر على السيد في شرائه فصح كالاجنبي وبيانه أنه يأخذ كسبهم وإن عجز صاروا رقيقاً لسيدته ولأنه يصح أن يشتريه غيره فصح شراؤه كالاجنبي ويفارق الهبة لأنها تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع إلى المكاتب ولا السيد ولأن السبب بتحقيق وهو ضدور التصريف من أهله في محله ولم يتحقق المانع لأن ما ذكره لا نص فيه ولا له أصل يقاس عليه فإن أذن

وقال القاضي في موضع لاتصير ام ولد بحال وله يميها لانها حملت بعمه لوك في ملك غير تام وللشافعي قولان كحديثي الوجهين وإن وضعته بعد عتقه لاقول من ستة أشهر تبينا انها حملت به في حال رقه فالحكم على مامضى ، وإن أنت به لأكثر من ستة أشهر حكنا انها حملته حراً لاننا لم نتيقن وجوده في حال الرق وتكون ام ولد لانها علق بمر في ملكه وللشافعي من التفصيل نحو مما ذكرنا (فصل) وليس للمكاتب أن يزوج عبيده واماه بنهر اذن سيده وهذا قول الشافعي وابن المنذر وذكر عن مالك ان له ذلك اذا كان على وجه النظر لانه عقد على منفعة فملكه كالاجارة وهو الذي قاله ابو الخطاب في ردوس المسائل

وحكي عن القاضي انه قال في الخصال له تزويج الامة دون العبد وهو قول ابي حنيفة لانه يأخذ عوضاً عن تزويجها بخلاف العبد ولانه عقد ذمة على منافعتها فأشبهه أجارها

ولنا ان على السيد فيه ضرراً لانه ان زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بمحقوق النكاح ونقص قيمته وإن زوج الامة ملك لزوج بعضها وتقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها وربما امتنع يميها بالكنية وليس ذلك من جهات المكاتب فربما عجزه ذلك عن اداء نجومه وإن عجز عادرقيقاً للسيد مع ما تعلق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص فلم يميز ذلك له كاعتاقهم وفارق اجارة الدار فانها من جهات المكاسب عادة فعلى هذا ان وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم اليه باعهم فان

فيه سيده جاز وهو قول مالك لان المنع لحق سيده فجاز باذنه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم فيه قولان

❦ مسألة ❧ (وله أن يقبلهم إذا وهبوا له أو وصي له بهم)

لانه إذا ملك شراءهم مع ما فيه من بذل ماله فلا أن يجوز بغير عوض اولى وعند من لا يرى جواز شرائهم بغير اذن السيد لا يجوز قبولهم الا إذا لم يكن فيه ضرر بماله كما قالوا في ولي اليتيم إذا وصى اليتيم بمن يمتق عليه

❦ مسألة ❧ (وإذا ملكهم فليس لهم بيعهم ولا هبتهم ولا اخراجهم عن ملكه)

وقال أصحاب الرأي له بيع من عدا الوالدين والمولودين لانهم ليست قرابتهم قرابة جزئية ولا بعضية فأشبهوا الاجانب

ولنا انه ذورحم يمتق عليه إذا عته فلا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولانه لا يملك بيعهم إذا كان حراً فلا يملكه مكاتباً كوالديه

(فصل) ولا يستقون بمجرد ملكه لهم لانه لو باشرهم بالعتق أو عتق غيرهم لم يقع العتق فلا أن لا يقع بالشراء الذي اقيم مقامه اولى ومتى أدى وهم في ملكه عتقوا لانه كمل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا حينئذ ولا يمتقون له دون سيده لانهم عتقوا عليه به لا زوال ملكه سيده عنه

العبد متى طلب التزويج خير سيده بين بيته وتزويجه وإن أذن له السيد في ذلك جاز لأن الحق له والمنع من أجله فجاز بأذنه

(فصل) وليس له اعتاق رقيقه إلا بأذن سيده وبهذا قال الحسن والاوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة لأن فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيما لا يحصل له به مال فأشبهه الهبة فإن أعتق لم يصح اعتاقه ويخرج أن يصح ويقف على إذن سيده

وقال أبو بكر هو موقوف على آخر أمر المكاتب فإن أدى عتق معتقه وإن لم يؤد رق قال القاضي هذا قياس المذهب كقولنا في ذوي الأرحام أنهم موقوفون

وأما أنه تبرع بماله بغير إذن سيده فكان باطلاً كالمدة ولأنه تصرف تصرفاً ممنوعاً منه لحق سيده فكان باطلاً كسائر ما يمنع منه ولا يصح قياسه على ذوي أرحامه لأن عتق ذوي أرحامه ليس بتصرف منه وإنما يعتقهم الشرع على مالهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتق به فإذا عتق كل ملكه فمعتقوا حينئذ والمعتق إنما يعتق بالاعتاق الذي كان باطلاً فلا تليق صحتة إذا كان الملك لأن كمال الملك في الثاني لا يوجب كونه كاملاً حين الاعتاق وكذلك لا يصح سائر تبرعاته بإذنه، فأما إن أذن فيه سيده صح وقال الشافعي في أحد القولين لا يصح لأن تبرعه بماله يفوق المقصود من كتابته وهو العتق الذي هو حق لله تعالى أو فيمحق له فلا يجوز تفويته ولأن العتق لا ينفك من الولاء والعبد ليس من أهله ولأن ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك اعتاق ما في يده ولا هبته فلم يصح لأنه فيه

ولأن الحق لا يخرج عنها فإذا اتفقا على التبرع به جاز كل واحد من الرهن وما ذكره يبطل بالنكاح

فصاروا بمنزلة ما لو اشتراه بعد عتقه وإن عجز ورد في الرق صاروا عبيد السيد لأنهم من ماله فيصيرون للسيد بعجزه كعبيده الأجانب وله كسبهم لأنهم ماله كنه أشبه الأجانب ونفقهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة وكذلك الحكم في ولده من أمته قياساً عليهم

(فصل) فإن أعتقهم السيد لم يعتقوا لأنه لا يملكهم فلم يملك التصرف فيهم، وإن أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا لتعلق حق سيده بهم وإن أعتقهم بأذنه عتقوا كما لو اتفق غيرهم من عبيده وإن أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقاً للسيد كما لو عجز لأن كتابته تبطل بعته كما تبطل بموته وعلى ما اختاره شيخنا يعتقون لأنه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة أو بإذنه يمتنع هذا إن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكتسابه ويبقى حق السيد في ملك رقبته على وجه لا يزول إلا بالاداء أو ما يقوم مقامه فلا يتسلط السيد على إبطالها فيما يرجع إلى إبطال حق المكاتب وإنما يتسلط على إبطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مال المكاتب وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى وإن مات المكاتب ولم يخاف وفاء صاحبه رقيقاً وقال أبو يوسف ومحمد يسمون في الكتابة على نحو ما وكذلك أمه وولده وقال أبو حنيفة في

فانه لا يملك ولا يملك السيد عليه واذا اذن له فيه جاز واما الولاء فانه يكون موقوفاً فان عتق المكاتب كان له ولا فهو لسيد كاي رق مالى كمن ذوي ارحامه هذا قول القاضي وقال القاضي ابو بكر يكون لسيد لان اعتاقه انما صح باذن سيده فكان كالنائب له

(فصل) والمكاتب محجور عليه في ماله فليس له استهلاك ولا هبة وبه قال الحسين ومالك واثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه مخالفاً لان حق سيده لم يتقطع عنه لانه قد يعجز فيموره اليه ولان المقصد من الكفاية تمصيل العتق بالاداء و هبة ماله تفوت ذلك وان اذن فيه سيده جاز وقال ابو حنيفة لا يجوز لانه يفوت المقصود بالكتابة وعن الشافعي فيه كالمذهبين

ولنا ان الحق لا يخرج عنهما فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن فاما الهبة بالثواب فلا تصح وقال الشافعي في أحد قوله تصح لان فيها معاوضة

ولنا ان الاختلاف في تقدير اثواب يوجب الضرر فيها ولان عوضها يتأخر فتكون كالبيع نسيئة وان اذن فيها السيد جازت وان وهب لسيد جاز لان قبوله الهبة اذن فيها وكذلك ان وهب لابن سيده الصغير

(فصل) ولا يحايي في البيع ولا يزيد في الثمن الذي اشترى به ولا يعير دابة ولا يهدي هدية وأجاز ذلك أصحاب الرأي ويحتمل جواز اعارة دابته وهدية المأكل كقول ودعائه اليه لان ذلك يجوز

الولد خاصة ان جاء بالكتابة خالة قبلت منه وعتق

ولنا انه عبد للمكاتب فصار بموته لسيد إذا لم يخلف وفاء كلاجني وان خلف وفاء انبى على الروايتين في فسخ الكتابة على ما تقدم

(مسألة) (وولد الكتابة الذي ولدته في الكتابة يتبعها)

تصح كتابة الامة كما تصح كتابة العبد بغير خلاف وقد دل عليه حديث بريرة وحديث جويرة بنت الحارث ولانها داخلة في عموم قوله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) فإذا اتت الكتابة بولد من غير سيدها من فكاك أو غيره فهو تابع لها فان عتقت بالاداء أو بالبراء عتق وان فسخت كتابتها وعادت الى الرق عاد رقيقاً فذا وهذا قول شرح ومالك واثوري وابي حنيفة واسحاق وسواء في هذا ما كان حال الكتابة أو حدث بعدها وقال ابو ثور وابن المنذر هو عبد قن لا يتبع امه وللشافعي قولان كالمذهبين واحتجوا بان الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسري الى الولد كالتعليق بالصفة

ولنا ان الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز ابطاله فسرى الى الولد كالا ستيلاد ويفارق التعليق بالصحة فان السيد يملك ابطاله بالبيع

إذا ثبت هذا فالكلام في الولد في فصول اربعة في قيمته إذا تلف وفي كسبه وفي نفقته وفي

لما أذن له ولا ينحط المكاتب عن دجته ووجه الأول أنه تبرع بماله فلم يجز كالهبة ولا يوصي بماله ولا يحط عن المشتري شيئاً ولا يقرض ولا يضمن ولا يتكفل بأحد وبه قال الشافعي وأما باب الرأي لأن ذلك تبرع بماله فمنع منه كالهبة

(فصل) وليس له أن يحجج أن احتاج إلى اتفاق ماله فيه وتقل الميموني عن أحمد للمكاتب أن يحجج من المال الذي جمعه إذا لم يأت بنجته وهذا محمول على أنه يحجج بأذن سيده أما بغير أذنه فلا يجوز لأنه تبرع بما ينفق مالا فيه فلم يجز كما امتنع

فأما أن أمكنه الحجج من غير اتفاق ماله كذلك يبرق إنسان باحججاً أو يخدم من ينفق عليه فيجوز إذا لم يأت بنجته لأن هذا يجري مجرى تركه وليس له كسب وليس ذلك مما يمنع منه

(فصل) وليس للمكاتب أن يكاتب إلا بأذن سيده وهذا قول الحسن والشافعي لأن الكتابة نوع اعتاق فلم تجز من المكاتب كالمجوز ولأنه لا يملك الاعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون له في التجارة واختار القاضي جواز الكتابة وهو الذي ذكره أبو الخطاب في رءوس المسائل وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري والأوزاعي لأنه نوع معاوضة فأشبهه البيع، وقال أبو بكر هو موقوف كقولهم في العتق المنجز فإن أذن فيها السيد صحت وقال الشافعي فيها قولان وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم فإذا كاتب عبده فمجزأ جميعاً صاراً رقيقين للسيد، وإن أدى المكاتب الأول ثم

عتقه، أما قيمته إذا تلف فقل أبو بكر هي لأمه تستعين بها على كتابتها لأن السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته لأنه بمنزلة جزء منها ولو جنى على جزء منها كان أرشه لها كذلك ولها وإذا لم يستحقها هو كانت لأمه لأن الحق لا يخرج عنها ولأن ولداها لو ملكته بهيمة أو شراً قتل كانت قيمته لها فكذلك إذا تبها يحمقه إنه إذا تبعها صار حكمه حكمها فلا يثبت ملك السيد في منافعه ولا في أروش الجنابة عليه كما لا يثبت له ذلك فيها

وقال الشافعي في أحد قوليه تكون القيمة لسيدها لأنها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولها وانفرد بينهما أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولها من العقد باق بعد قتله فنظير هذا إتلاف بعض أعضائها والحكم في إتلاف بعض أعضائه كالحكم في إتلافه، وأما كسبه وأرش الجنابة عليه فيذنب أن يكون لأمه أيضاً لأن ولداها جزء منها تابع لها فأشبهه ببقية أجزائها ولأن إداها لكتابتها سبب لعتقه وحصول الحرية له فيذنب أن يصرف ذلك فيه بمنزلة صرفه إليه إذ في عجزها رقة وفوات كسبه عليه، وأما نفقته فعلى أمه لأنها تابعة لكسبه وكسبه لما ونفقته عليها وأما عتقه فإنه يعتق بادانها أو إبراءها ويرق بمعجزها لأنه تابع لها وإن ماتت المكاتب في كتابتها بباطل كتابتها وعاد رقيقاً قننا إلا أن يخلف وفاء فيكون على الروايتين، وإن اعتقها سيدها لم يعتق ولها لأنه إنما تبعها في حكم الكتابة وهو المتق بالاداء وما حصل الاداء إنما حصل عتقها بأمر لا يتبعها

أدى اثني فولا، كل واحد منهما مكتابه وإن أدى الأول وعجز الثاني صار رقيقا للأول وإن عجز الأول وأدى الثاني فولاؤه للسيد الأول وإن أدى الثاني قبل عتق الأول عتق قال أبو بكر وولاؤه للسيد . وهو قول أبي حنيفة لأن العتق لا ينفك عن الولاء والولاء لا يوقف لأنه سبب يورث به فهو كالنسب . ولأن الميراث لا يقف كذلك سببه . وقال القاضي هو موقوف أن أدى عتق والولاء له والا فهو لا يبد . وهذا أحد قولي الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم «أما الولاء لمن أعتق» ولأن الميراث يملك له ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه ، وقولهم لا يجوز أن يقف كما لم يقف النسب والميراث فليس كذلك فإن النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه إذا لم تلحقه التافة بأحد الواطئين وكذلك الميراث يوقف على أن الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء لا يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل وهو ما يجزئه موالى الأب من مولى الام فجاز أن يكون موقوفاً والنسب والميراث بخلاف ذلك فإن مات المعتق قبل عتق الكتاب وقانا الولاء للسيد ورثه وإن قلنا هو موقوف فيرثه أيضاً موقوف

(فصل) وليس له أن يبيع نسيئة وإن باع السلعة بأضاف قيمتها وهذا مذهب الشافعي لأن فيه تفريراً بالمال وهو ممنوع من التفرير بالمال لتعلق حق السيد به

فيه فأشبه ما لو لم تكن مكتابة ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعتقها أن يعود ولداها رقيقاً ومقتضى قول شيخنا أنه يبق على حكم الكتابة ويعتق بالاداء لأن العقد لم يوجد ما يبطله وإنما سقط الاداء عنها لحصول الحرية بدونه فإذا لم يكن لها ولد يتبعها في الكتابة ولا في يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن في بقائه فائدة فانتفى لانتهاء فائدته وفي مسئلتنا في بقائه فائدة لافضائه إلى عتق ولدها فينبغي أن يبقى ويحمل أن يعتق باعتاقها لأنه جرى مجرى إبرائها من المال والحكم فيما إذا عتقت باستيلاء أو تدبير أو تعايق بصفة كالحكم فيما إذا أعتقها لأنها عتقت بغير الكتابة وإن أعتق السيد الولد دونها صح عتقه نص عليه أحمد في رواية . لأنه مملوك له فصاح عتقه كله ولأنه لو أعتقه معها صح عتقه ومن صح عتقه مع غيره صح مَرَدّاً كسائر مملوكه . قال القاضي: وقد كان يجب أن لا ينفذ عتقه لأن فيه ضرراً بامه لتزويج كسبه عليها فإنها كانت تستعين به في كتابتها ولعل أحمد نفذ عتقه تغليهاً للعتق والصحيح أنه يعتق وما ذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه

(أحدها) أن الضرر إنما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته فاما من لا كسبه فتحليصها من نفقته نفع محض ومن له كسب لا يفضل عن نفقته فلا ضرر في اعتاقه لأنه لا يفضل لها من كسبه شيء . تنفع به فكان ينبغي أن يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد (الثاني) أن النفع بكسبه ليس بواجب لها لأنها لا تملك إجباره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبراً في حقها .

قال القاضي ويتخرج الجواز بناء على الضارب ان له البيع نسبية في احدي الروايتين فيخرج
ههنا مثله وسواء أخذ بالتمن ضمينا او رهنا او لم يأخذ لان الضرر لم يزل فان الرهن يحتمل ان يتلف
ويحتمل أن يفلس الغريم والضمين ويحتمل أن يجوز مع الرهن أو الضمين لان الوثيقة قد حصلت به
والموارض نادرة على خلاف الاصل فان باع بأكثر مما يساوي حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز لان
الزيادة ربح وإن اشترى نسبية جاز لانه لاغرر فيه ولا يجوز أن يدفع به رهنا لان الرهن امانة وقد
يتلف او يمجده الغريم وليس له ان يدفع ماله سلفا لانه في معنى البيع نسبية وله ان يستسلف في
ذمته لانه في معنى الشراء نسبية وليس له أن يقرض لانه تبرع بالمال وفيه خطر به وله أن يقترض
لانه ينتفع بالمال وليس له أن يدفع ماله مضاربة لأنه يسلمه إلى غيره فيغرر به وله أن يأخذ المال قراضا
لانهم من أنواع الكسب ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ما ذكرنا

(فصل) وللمكاتب أن يبيع ويشترى باجماع من أهل العلم لان عقد الكتابة لتحصيل العتق
ولا يحصل الا باداء عوضه ولا يمكنه الاداء الا بالاكتساب والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب
فانه قد جاء في بعض الآثار ان تسعة أعشار الرزق في التجارة وله أن يأخذ ويعطي فيها فيه بالصلاح
لما له والتوفير عليه وله أن ينفق مما في يده من المال على نفسه في مأكله ومشربه وكسوته بالمعروف مما

(الثالث) أن مطلق الضرر لا يكفي في منع العتق الذي يحقق مقتضيه مالم يكن له أصل يشهد له بالاعتبار
ولم يذكر له أصلا ثم هو ملحق بعتق المفلس والراهن وسراية العتق الى ملك الشريك فانه يعتق مع وجود
الضرر بتقويت الحق اللازم فهذا أولى .

(فصل) فاما ولد ولدها فان ولد ابنها حكمه حكم امه لان ولد المكاتب لا يقيم وأما ولد بنتها
فهو كبنتها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تسري الكتابة اليه لان السراية إنما تكون مع الاتصال
وهذا ولد منفصل فلا يسري اليه بدليل ان أم اولد قبل ان يستولدها لا يسري اليه الاستيلاد وهذا
الولد اتصل بامه دون جدته

ولنا ان ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً فيجب ان يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما ثبت لها حكم أمها ولان البنت
تبع أمها فيجب ان يقيمها ولدها لان علة اتباعها لامها موجودة في ولدها ولان البنت تعلق بها حق العتق فيجب
ان يسري اليه ولدها كالمكاتبة وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لامها في الكتابة فاما المولودة قبل الكتابة
فلا تدخل في الكتابة فابنتها أولى

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى زوجته صح وانفسخ نكاحها)

يجوز للمكاتب شراء امرأته وللمكاتبة شراء زوجها لان ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز للمكاتب
كشراء الاجانب وينفسخ النكاح بذلك وقال الشافعي لا ينفسخ لان المكاتب لا يملك بدليل انه
لا يجوز له الشراء ولا يعتق والده وولده اذا اشترى فاشبه العبد القن

لا غناء له عنه وعلى رقيقه والحيوان الذي له وله تأديب عبيده وتمزيقهم اذا فعلوا ما يستحقون ذلك
لانه من مصلحة ملكه فملكه كالتقمة عليهم ولا يملك اقامة الحد عليهم لان هذا موضع ولاية وليس
هو من أهلها وله المطالبة بالشفعة والاخذ بها لانه نوع شراء فان كان المشتري للشخص سيده فله
أخذه منه لان له ان يشتري منه ، وان اشترى المكاتب شقصاً لسيد فله شركة فله أخذه من
المكاتب بالشفعة لانه مع سيده في باب البيع والشراء كالأجنبي ، وان وجبت للسيد على مكاتبه شفعة
فادعى المكاتب ان سيده عفا عنها سمعت دعواه وان أنكره السيد كان عليه العيمن وإن أذن السيد
لمكاتبه في البيع بالمحاباة صح منه وكان لسيد اخذ بالشفعة لان بيعه بالمحاباة مع اخذ سيده فيه صحيح
ويصح اقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين لأنه يصح تصرفه فيه بذلك ، ومن ملك
شيئاً فله الاقرار به

(مسئلة) قل (ولا يبيعه سيده درهما بدرهمين)

وجملته ان الربا يجري بين العبد وبين سيده فلم يجوز ان يبيعه درهماً بدرهمين كالأجنيين وقال
ابن ابي موسى لاربا بينهما لانه عبد في الاظهر من قوله ولا ربا بين العبد وسيد ولهذا جار ان
يعجل لسيد ويضع عنه بعض كتابته وله وطء مكاتبته اذا شرط ولو حملت منه صارت له بذلك ام

ولنا أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه تثبت له الشفعة على سيده ولسيد عليه ويجري
الربا بينهما وبينه وإنما منع تسري لتعلق حق سيده بما في يده كما يمنع الراهن من الوطاء
مع ثبوت ملكه ولذلك لم يعتق عليه دوو رحمه وإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه
لأنه أجنبي منه .

(مسئلة) (وان استولد أمته فهل تصير أم ولد يتمتع عليه بيها؟ على وجهين)

إذا استولد المكاتب أمته قبل عتقه وعجزه فانها تصير أم ولد للمكاتب وليس له بيعها نص
عليه أحمد لان ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويعتق بعتق أبيه وكذلك أمه فعلى هذا
لا يجوز بيعها وتكون موقوفة مع المكاتب ان اعتق فهي أم ولده وإن رق رقت ، وقال القاضى
في موضع لا تصير أم ولد بحال وله بيعها لأنها حلت بمملوك في ملك غير تام وللشافعي
قولان كهذين الوجهين

(فصل) (ذل الشيخ رحمه الله (ولا يملك السيد شيئاً من كسبه ولا يبيعه درهماً بدرهمين)

لا يملك شيئاً من كسب المكاتب لانه اشترى نفسه من سيده لملك ماله وكسبه ومنافعه فلا

ولد ، ووجه قول الخرقى ان السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالأجنبي بدليل ان لكل واحد منهما الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما في يد صاحبه وإنما يتعلق لسيدته حق فيما بيده لكونه بعرضية ان يعجزه فيعود اليه وهذا لا يمنع جريان الربا بينهما كالأب مع ابنه فعلى هذا القول لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الأجنيين ولا النساء فيما يحرم النساء فيه بين الأجانب (فصل) فان كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل ان كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا قدأ من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلا واحداً تقاصا وتساقطا لانهما اذا تساقطا بين الأجانب فعلى السيد ومكاتبه أولى ، وإن كانا تقدين من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن أبي موسى لو كان له على سيده ألف درهم ولسيده عليه مائة دينار فجعلها قصاصاً بها جاز بخلاف الحرين

وقال القاضي لا يجوز هذا لانه بيع دين بدين وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين ولانه لا يجوز بين الأجنيين فلم يجوز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات وفارق العبد القن فانه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيدته له أخذه والتصرف فيه فعلى هذا لا يجوز مع التراخي به وعلى قول أبي موسى يجوز اذا تراضيا بذلك وتبايها ولا يثبت التقاض قبل تراضيهما به لانه يبيع فأما ان كانا عرضين أو عرضاً وقدأ لم تجز المقاصة فيهما بغير تراضيهما بحال سواء كان القرض من

يبقى ذلك لبائعه كسائر المبيعات ويجري الربا بينه وبين سيده لانه معه في باب المعاوضة كالأجنبي وقال ابن أبي موسى لاربا بينهما لانه عبد في الاظهر من قوله ولا ربا بين العبد وسيده ولهذا جاز ان يجعل لسيدته ويضع عنه بعض كتابته وله وطء مكاتبته إذا شرط ولو حلت منه صارت له بذلك أم ولد ، ووجه الاول أن السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالأجنبي بدليل ان لكل واحد منهما الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما بيد صاحبه وإنما يتعلق لسيدته حق فيما بيده لكونه بعرضية أن يعجزه فيعود اليه وهذا لا يمنع جريان الربا بينهما كالأب مع ابنه فعلى هذا القول لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الأجنيين ولا النساء فيما يحرم فيه النساء بين الأجانب .

(فصل) فان كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل ان كان للسيد على مكاتبه دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا قدأ من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلا واحداً تقاصا وتساقطا لانهما اذا تساقطا بين الأجانب فعلى السيد ومكاتبه أولى وإن كانا قدأ من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن أبي موسى لو كان له على سيده ألف درهم ولسيده عليه مائة دينار فجعلها قصاصاً بها جاز بخلاف الحرين .

وقال القاضي لا يجوز هذا لانه بيع دين بدين وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين ولانه

جنس حقه او غير جنسه وان تراضيا بذلك لم يجوز أيضاً لانه بيع دين بدين ، وان قبض أحدهما من الآخر حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن ماله في ذمته جاز اذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم فان ثبت عن سلم لم يجوز أخذ عوضه قبل قبضه وفي الجملة ان حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الاجانب الا على قول ابن ابي موسى الذي ذكرناه والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قل (وليس للرجل أن يظأ مكاتبته إلا أن يشترط)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) في وطئها بغير شرط وهو حرام في قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن والزهرى ومالك والليث والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وقيل له وطؤها في الوقت الذي لا يشغلها الوطء عن السعي عما هي فيه لانها ملك يمينه فتدخل في عموم قوله تعالى (او ما ملكت أيمانهم)

ولنا ان الكتابة عقد ازال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بضعها فيما اذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع والآية مخصوصة بالمزوجة فتيس عليها محل النزاع ولان الملك ههنا ضعيف لانه قد زال عن منافها جلة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتنفارق ام الولد فان ملكه باق عليها

لا يجوز بين الاجنبيين فلم يجوز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات وفارق العبد اتقن فانه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيده أخذه والتصرف فيه فعلى هذا لا يجوز وان تراضيا به وعلى قول ابن ابي موسى يجوز اذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يثبت التقاص قبل تراضيهما به لانه بيع فان كانا عرضين أو عرضاً وتقداً لم تجز المقاصة فيهما بغير تراضيهما بحال سواء كان العوض من جنس حقه أو من غير جنسه وان تراضيا بذلك لم يجوز أيضاً لانه بيع دين بدين وان قبض أحدهما من الآخر حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن ماله في ذمته جاز اذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم فان كان ثبت عن سلم لم يجوز أخذ عوضه قبل قبضه وفي الجملة ان حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الاجانب الا على قول ابن ابي موسى الذي ذكرناه .

﴿مسئلة﴾ وان جنى عليه فعليه ارض جنايته

إذا جنى السيد على مكاتبه فلا قصاص عليه لامرئ (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد (والثاني) أنه ملكه ولا يقتص من المالك لمالوكه ولكن يجب الارش ولا يجب الا بالندمال الجرح لانه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته الى نفسه فيسقط ارشه ومتى سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان كقتله فاذا ندمل الجرح وجب له ارشه حينئذ فان كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه فحرم تقاصا وان كان من غير جنس مال الكتابة أو كان النجم لم يحل لم يتقاصا ولكل واحد

وانما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها وانما امتنع البيع لانها استحققت العتق بموته استحقاقا لازما لا يمكن زواله

(الفصل الثاني) اذا شرط وطأها فله ذلك وبه قال سعيد بن المسيب وقال سائر من ذكرنا ليس له وطؤها لانه لا يملكه مع اطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها او اعتقها
وقال الشافعي اذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضاً فاسداً ، وقال مالك لا يفسد العقد به لانه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسده كالصحيح
ولنا قول النبي ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» ولانها مملوكة له شرط نفعها فصيح كشرط استخدامها يحقق هذا ان منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود مقتضي حل وطئها انما كان لحظها فاذا شرطه عاينها جاز كالتدمة ولانه استثنى بعض ما كان له فصيح كاشتراط الخدمة وفارق البيع لانه يزيل ملكه عنها

(فصل) فان وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا تعزير ولا مهر لانه وطء بملكه وبباح له فأشبهه وطأها قبل كتابتها وان وطئها من غير شرط فقد أساء وعليه التعزير لانه وطء محرم ولا حد عليه في قول عامة الفقهاء لانهم فيه خلافا الا عن الحسن والزهري فانهما قالا عليه الحد لانه عقد عليها عقد معاوضة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع

منها مطالبة صاحبه بما يستحقه فان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز اذا كان من جنس مال الكتابة

﴿مسئلة﴾ وان حبسه مدة فعليه أرفق الامرين به من انظاره مثل تلك المدة او اجرة مثله
اذا حبسه سيده فقد اساء ولا يحتسب عليه بمدة في أحد الوجوه (والثاني) يحتسب عليه بمدة لان مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من الاجل كسائر الديون المؤجلة فلي هذا الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها والاول اصح لان على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته فاذا حبسه مدة وجب عليه تأخير مثل تلك المدة ليستوفي الواجب له ولان حبسه يقضي إلى ابطال الكتابة وتقويت مقصودها وردا الى الرق ولان عجزه عن اداء نجومه في محلها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد كما لو منع البائع المشتري من أداء الثمن لم يستحق فسخ البيع لذلك ولو منعت المرأة زوجها من الانفاق عليها لم تستحق فسخ العقد لذلك (والثالث) يلزم سيده أرفق الامرين به من انظاره مثل تلك المدة او اجرة مثله فيها لانه وجد سببهما فكان للمكاتب أنفسهما

﴿مسئلة﴾ (وليس له ان يطأ مكاتبته الا ان يشترط)

وطء المكاتب من غير شرط حرام في قول اكثر اهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن والزهري

ولنا انها مملوكة فلم يجب الحد بوطئها كأتمته المستأجرة والمرهونة وتخالف البيع فانه يزيل الملك والكتابة لا تزيله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » وعليه مهرها لها لانه استوفى منفعتها المنوع من استيفائها فكان عليه عوضها كنافع بناتها

(فصل) وان اولدها صارت ام ولده سواء وطئها بشرط او بغير شرط لانه أحبلها بحر في ملكه فكانت ام ولده كغير المكاتب والولد حر لانه ولده من مملوكة ويلحقه نسبه لذلك ولانه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد المهرور ولا تلزمه قيمته لانها وضعت في ملكه

(فصل) وليس له وطء بنتها لانها تابعة لامها موقوفة معها فلم يبح وطؤها كامها ولا يباح ذلك بالشرط لان حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً ولم يكن وطؤها مباحا حال العقد بشرطه فان وطئها فلا حد عليه لانها ملكه ويأثم ويعزر لانه وطئ مفرجاً محرماً وله مهر عليه حكمه حكم كسبها يكون لامها تستعين به في كتابتها لان ذلك سبب حريتها وان أحبلها صارت ام ولده والولد حر لانه أحبلها بحر في ملكه ويلحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها لان أمها لا تملكها ولا قيمة ولدها لانها وضعت في ملكه

(فصل) وليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبه اتفاقاً فان فعل أم وعزر ولا حد عليه لشبهة الملك لانه يملك مالها وعليه مهرها لسيدتها وولده منها حر يلحقه نسبه لان الحد سقط لشبهة

ومالك والليث والشافعي وأصاب الرأي وقيل له وطئها في الوقت الذي لا يشغلها الوطء عن السعي عما هي فيه لانها ملك يمينه فتدخل في عموم قوله تعالى (أو مملكت ايماهم)

ولنا ان الكتابة عقد أزال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بعضها فيما اذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع والآية مخصوصة بالزوجة فنفيس عليها محل النزاع ولان الملك همناضعيف لانه قد زال عن منافعتها جلة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق أم الولد فان ملكه باق عابها وانما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها وانما امتنع البيع لانها استحققت المتق بموته استحقاقاً لازماً لا يمكن زواله .

(فصل) فان شرط وطؤها فله ذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب وقال سائر من ذكرنا ليس له وطئها لانه لا يملكه مع اطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها او أعتقها ، وقال الشافعي إذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضاً فاسداً وقال مالك لا يفسد العقد به لانه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسد كالصحيح .

ولنا قول النبي ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » ولانها مملوكة له شرط نفعا فصح كشرط استخدامها . يحقق هذا ان منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود المقتضي لحل وطئها انما كان لحقها فاذا اشترطه عليها جاز كالخدمة ولانه استثنى بعض ما كان له فصيح كاشتراط الخدمة وفارق البيع فانه يزيل ملكه عنها .

الملك وتصير ام ولده وعليه قيمتها لسيدها لانه أخرجا بوطنه عن ملكه و كان عليه قيمتها لسيدته ولا تجب عليه قيمة الولد لانها وضعت في ماله ويحتمل أن تلزمه قيمته لانه أخرجه بوطنه عن أن يكون مملوكا لسيدها فأشبه ولد المذرور

(فصل) ولا يملك اجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج لانه زال ملكه بمقدار الكتابة عن نفعا ونفع بضمها وعن عوضه وليس لواحدة منهما التزوج بغير اذن لار عليه ضرر في ذلك فانه يثبت الزوج حق فيها فربما عجزت وعادت اليه على وجه لا يملك وطأها فان تراضيا بذلك جاز لان الحق لا يخرج عنهما وهو وليها وولي ابنتها وجاريتهما جميعا لان الملك له فأشبه الجارية اتمن والمهر للمكاتبه على ما ذكرنا في مهرهن اذا وطئن السيد

(مسئلة) قال (فان وطئها ولم يشترط أدب ولم يبلغ به حد الزاني وكان عليه مهر مثلها)

وجملة الامران السيد اذا وطئ مكاتبته من غير شرط فقد ذكرنا انه لاحد عليه لكن ان كانا عالمين بالتحريم عزرا وان كانا جاهلين عزرا وان كان احدهما عالما والاخر جاهلا عزرا العالم وعزرا الجاهل ولا يخرج بالوطء عن الكتابة وقال الليث ان طأوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنا ولنا انه عقد لازم فلم يفسخ بالمطأوعة على الوطء كالأجارة والبيع بعد لزومه فاما المهر فانه يجب

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها من غير أن يشترط أو وطئ أمتها أدب ولم يبلغ به الحد).

اذا وطئها من غير شرط لم يجب عليه الحد لشبهة الملك في قول عامة الفقهاء ، وروي عن الحسن والزهري أنها قالوا عليه الحد لانه عتد عليها عقد معاوضة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع .

ولنا أنها مملوكة فلم يجب عليه الحد بوطئها كالرهونة والمستأجرة وبخلاف البيع فانه يزيل الملك والكتابة لا تزيله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد ماني عليه درهم » وعليه مهرها اذا وطئها بغير شرط ، لانه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها فأشبهه منافع بدنها فان كانا عالمين عزرا وان كانا جاهلين عزرا وان كان احدهما عالما والاخر جاهلا عزرا العالم وعزرا الجاهل ولا يخرج بالوطء عن الكتابة وقال الليث ان طأوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنا

ولنا انه عقد لازم فلم يفسخ بالمطأوعة على الوطء كالأجارة والبيع بعد لزومه ويجب لها المهر مطأوعة كانت أو مكروه وبه قال الحسن والثوري والحسن بن صالح والشافعي وقال قتادة يجب إذا أكرهها ولا يجب إذا طأوعته ونقله المزني عن الشافعي لان المطأوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين وانكر أصحابه ما نقله المزني وقالوا لا يعرف وقال مالك لا شيء عليه لانها ملكه

لها أكرها أو طاوعته وبه قال الحسن والثوري والحسن بن صالح والشافعي ، وقال قتادة يجب إذا أكرها ولا يجب إذا طاوعته وتقله الزني عن الشافعي لان الطاوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين وأنكر أصحابه ماقله الزني وقالوا لا يعرف وقال مالك لا شيء عليه لانها ملكه

ولنا انه عوض منفعتا فوجب لها كموض بدنها ولان الكتانية في يد نفسها ومنافعها لها ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها وإنما وجب في حال الطاوعة لان الحد يسقط عنه لشبهة الملك فوجب لها المهر كما لو وطئ امرأة بشبهة عقد مطاوعة فان تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطء الاول فللثاني مهر أيضاً لان الاداء قطع حكم الوطء الاول وان لم يكن أدى عن الاول لم يجب الا مهر واحد لان هذا عن وطء الشبهة فلم يكن إلا مهر واحد كالوطء في النكاح الفاسد

(فصل) وإذا وجب لها المهر فان كان لم يحمل عايتها نجم فلها المطالبة وإن كان قد حل عليها فكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة به أيضاً وإن كان من جنسه تقاصا وأخذ ذو الفضل فضله

﴿ مسألة ﴾ قال (فان علمت منه فهي بخيرة بين العجز وتكون أم ولد وبين المضي على كتابتها فان أدت عتقت وان عجزت عتقت بموته وان مات قبل عجزها انتفعت لأنها من أمهات الأولاد ويسقط عنها ما بقي من كتابتها وما في يدها لورثة سيدها)

ولنا انه عوض منفعتا فوجب لها كموض بدنها ولان الكتانية في يد نفسها ومنافعها لها ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها وإنما وجب في حال الطاوعة لان الحد سقط عنه للشبهة فوجب لها المهر كما لو وطئ امرأة بشبهة عقد مطاوعة، فان تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطء الاول فللثاني مهر أيضاً لان الاداء قطع حكم الوطء وان لم يكن أدى عن الأول لم يجب الا مهر واحد لان هذا عن وطء الشبهة فلم يجب الا مهر واحد كالوطء في النكاح الفاسد

(فصل) فأما ان وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا مهر ولا تعزير لانه وطء يملكه ويباح له فأشبه وطأها قبل كتابتها ، وإذا وجب لها المهر بالوطء فان كان لم يحمل عايتها نجم فلها المطالبة وان كان قد حل عليها وكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة أيضاً به وان كان من جنسه تقاصا وأخذ ذو الفضل فضله .

﴿ مسألة ﴾ (فان أولدها صارت أم ولد له سواء وطئها بشرط أو بغير شرط)
لانه أحلها بغير في ملكه فكانت أم ولد كثير الكتانية والولد حر لانه ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك ولانه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد المبرور ولا تلزمه قيمته لانها وضعت في ملكه

وجعلته أن السيد إذا استولد مكاتبته فالولد حر لانه من مملوكته ونسبه لاحق به ولا يجب قيمته لذلك وتصير أم ولده لذلك ولا تبطل كتابتها لانه عقد لازم من جهة سيدها ، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه . هذا قول الزهري ومالك والثوري والليث والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقول الحكم تبطل كتابتها لأنها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاء كالنديير

• وإنما أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ولأنها سبب للعتق لا يملك السيد الرجوع عنه فلم تبطل بذلك كالتعاقب بصفة وما ذكره يبيط بالتعلق بالصفة وتقارق الكتابة اننديير من وجوه (أحدها) أن حكم اننديير والاستيلاء واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاء أقوى لانه يعتز من رأس المال ولا سبيل الى إبطاله بحال فاستغني به عن اننديير والكتابة سبب يتعجل بها العتق بالأداء ويكون مافضل من كسبها لها ويملك بها منافعتها وكسبها وتخرج عن تصرف سيدها وهذا لا يحصل بالاستيلاء فيجب أن تبقى لبقاء فثمتها (الثاني) أن الكتابة أقوى من اننديير للزومها كونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا يبيع المكاتب ولا هبته

(الثالث) أن اننديير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم فإذا ثبت هذا فإنه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضي الحرية فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كالأفراد لان انضمام أحدهما

(فصل) وليس له وطء بنت مكاتبته لأنها تابعة لها موقوفة معها فلم يبي وطؤها كأنها ولا يباح ذلك بالشرط لان حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً ولم يكن وطؤها مباحاً حل العقد فيشرط فان وطئها فلا حد عليه ويأثم ويمزر لانه وطئ وطئاً محرماً ولما المهر حكمه حكم كسبها يكون لانها تستعين به في كتابتها لان ذلك سبب حريتها فن أحبها صارت أم ولده والولد حر لانه أحبها بحر في ملكه ويلحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها لان أمها لا تملكها ولا قيمة ولدها لانها وضعت في ملكه

(فصل) وليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبته اتفاقاً فان فعل أم وعزر ولا حد عليه لشبهة الملك لانه يملك مالها وعليه مهرها لسيدها وولده منها حر يلحقه نسبه لان الحد سقط لشبهة الملك وتصير أم ولده وعليه قيمتها لسيدها لانه أخرجها بوطنه عن ملكه ولا تجب عليه قيمة الولد لانها وضعت في ملكه ويحتمل أن تلزمه قيمته لانه أخرجها بوطنه عن أن يكون مملوكاً لسيدها فأشبه ولد المهرور

(فصل) ولا يملك السيد إجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمها على الزواج لانه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها ونفع بعضها وعن عوضه وأيس لواحدة ممنه الزواج بغير إذنه لان عليه ضرراً في ذلك فإنه يثبت حقاً للزوج فيها فرما عجزت وعادت اليه على وجه لا يملك وطأها فان تراضيا بذلك

(المغني والشرح الكبير) (٥٠) (الجزء الثاني عشر)

الى الآخر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه فان أدت عتقت بالمكاتبة وما فضل من كسبها فهو لها لان العتق بالمكاتبة له ما فضل من نجومه وان عجزت وردت في الرق بطل حكم المكاتبة وبقي لها حكم الاستيلاد منفردا كما لو لم تكن مكاتبة وله وطؤها وتزويجها وإجارتها وتعنت بموته وما في يدها لورثة سيدها وإذا مات سيدها قبل عجزها انتقلت لانها ام ولد وتسقط المكاتبة لان الحرية حصلت فسقط العوض المبذول في تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعتق وما في يدها لورثة سيدها في قول الخرقي وأبي الخطاب لانها عتقت بحكم الاستيلاد وبطل حكم المكاتبة فأشبهت غير المكاتبة وقال القاضي في المجرى وابن عقيل في كتابه ما فضل في يدها لها وهو قول الشافعي لان العتق إذا وقع في المكاتبة لا يبطل حكمها كالإبراء من نجوم المكاتبة ولان ملكها كان ثابتا على ما في يدها ولم يحدث الا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عما في يدها وتقرير ملكها وخلصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها وهذا أصح والله أعلم (فصل) وان أعتقها سيدها عتقت وسقطت كتابتها وما في يدها لها في قول القاضي ومن وافقه فأما على قول الخرقي ومن وافقه فقياسه ان يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاد ويحتمل ان يكون لها على قولهم أيضا لان السيد اعتقها برضاه فيكون رضا منه باعطائها ما لها بخلاف العتق بالاستيلاد فانه

جاز لان الحق لا يخرج عنها وهو وليها وولي ابنها وجارتها جميعا لان الملك له فأشبهه الجارية القن والمهر للمكاتبة على ما ذكرنا في مهرهن اذا وطئن السيد

﴿مسألة﴾ (قن أدت عتقت وان مات سيدها قبل أدائها عتقت وسقط ما بقي من كتابتها وما في يدها لها إلا ان يكون بعد عجزها وقال أصحابنا هو لورثة سيدها وكذلك الحكم فيما اذا اعتق المكاتبة سيده)

قد ذكرنا أن السيد اذا استولد مكاتبة صارت أم ولد له والولد حر ونسبه لاحق به ولا تبطل كتابتها بذلك لانها عقد لازم من جهة سيدها وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيها سبق صاحبه ثبت حكمه هذا قول الزهري ومالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال الحاكم تبطل كتابتها لانها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاد كالتيدير

ولنا أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ولانها سبب للعتق لا يملك السيد الرجوع عنه فلم يبطل بذلك كالتعليق بصفة وما ذكره يبطل بالتعليق بالصفة وتفارق المكاتبة التتيدير من وجوه (أحدها) أن حكم التتيدير والاستيلاد واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاد أقوى لانه يعتبر من رأس المال ولا سبيل إلى إبطائه بحال فاستغني به عن التتيدير والمكاتبة سبب يتعجل به العتق بالأداء ويكون ما فضل من كسبها لها وتملك بها منافعها وكسبها ونخرج عن تصرف سيدها وهذا لا يحصل بالاستيلاد فيجب أن تبقى لبقاء فائسها

حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ولأنه لو كان مال المكاتب يصير لاسيد باعتاقه لممكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء ففي كان له غرض في أخذ ماله اما لكثرته وفضله عن نجوم كتابته وإما لغرض له في بعض اعيان ماله اعتقه وأخذ ماله وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب ان لا يشرع

(فصل) وان أنت بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها في العتق بكل واحد من السببين أيهما سبق عتق به كالألم سواء لأنه بائع لما فيثبت له ما يثبت لها وان ماتت المكاتبه بقي الولد سبب الاستيلاء وحده وان اختلفا في ولدها قتالت ولده بعد كتابتي أو بعد ولادتي وقول السيد بل قبله فقال أبو بكر أقول قول السيد مع يمينه

وهذا قول الشافعي لأن الأصل كون الأمة وولدها رقيقا لسيدهما انتصرف فيهما وهي تدعي ما يمنع انتصرف وان زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد هولي لأمها ولدته قبل بيعها لك وقال المكاتب بل يهد فالتقول قول المكاتب لأنها اختلفا في ملكه ويد المكاتب عليه فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الأموال ومبارق ولد المكاتبه لأنها لا تدعي ملكه (فصل) إذا كانت الأمة بين شريكين فمكتباها ثم ووطئها أحدهما أدب فوق أدب الوألى، لمكاتبته انخالصة إلا أن الوطء هنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو أكد وأتم اعظم وأدبه أكثر

(اثنى) ان الكتابة أقوى من التدبير الزومها وكونها لا تبعال بالرجوع عنها ولا بيع المكاتب ولا هبته

(اثناء) ان التدبير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم . اذا ثبت هذا فإنه يجتمع له سببان كل واحد منهما يقتضي الحرية فأبهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفرد لان انضمام أحدهما الى الآخر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه فان أدت عتقت بالكتابة وما فضل من كسبها فهو لها لان المعتق بالكتابة له ما فضل من نجومه وإن عجزت وردت في الرق بطل حكم الكتابة وبقي لها حكم الاستيلاء منفردا كما لو لم تكن مكاتبه وله وطؤها وتزويجها واجارتها وتعتق بموته وما في يدها لورثة سيدها فان مات سيدها قبل عجزها عتقت بانها ام ولد وسقطت الكتابة لان الحرية حصلت فسقط العوض المبدول في تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعق وما في يدها لورثة سيدها في قول الحنفي وأبي الخطاب لأنها عتقت بحكم الاستيلاء فبطل حكم الكتابة فاشبهت غير المكاتبه وقال القاضي في الجرد وابن عقيل في الفصول ما فضل في يدها لها وهو قول الشافعي لان العتق اذا وقع في الكتابة لا يبطل حكمها كالأبراء من مال الكتابة ولان ملكها كان ثابتا على ما في يدها ولم يحدث الا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عما في يدها وبقدر تقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها وهذا أصح

وعليه مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحداً فإن لم يكن حل نهم قبضت المهر فإذا حل نهمها سلمته اليها وإن حل نهمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته إلى الذي لم يطأها واحتسبت على الواطئ بالمهر وإن لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نهمها أو دونه أخذت من الواطئ نصفه وسلمته إلى الآخر وإن لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضاً عن مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وإن لم يتفقا قبضته ودفعته بما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره وإن عجزت فساخت الكتابة وكان في يدها بقدر المهر أخذه الذي لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطئ وإن لم يكن في يدها شيء كان للذي لم يطأ أن يرجع على الواطئ بنصفه لأنه وطئ جارية مشتركة بينهما فإن حبلت منه صارت أم ولده وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو مصرراً إلا أنه إن كان موسراً أذاه في الحال ، وإن كان مصرراً فهو في ذمته هذا ظاهر كلام الخريفي ذكر مثل هذا في باب العتق فلي هذا نصير أم ولد للواطئ ومكاتبته له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقي من كتابتها وتعتبر قيمتها بما تساوي مكاتبته مبقاة على ما بقي عليها من كتابتها واختار القاضي أنه إن كان مصرراً لم يسر الاحبال لأنه بمنزلة الاعتق بالقول يعتبر اليسار في سرايته ونصيب الواطئ قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له إلا حكم الكتابة

(مسئلة) (وكذلك الحكم فيما إذا اعتق المكاتب سيده يكون كسبه له في قول القاضي ومن وافقه ، وعلى قياس قول الخريفي ومن وافقه يكون لسيدة كما لو عتقت الامة المكاتبية ويحتمل ان يكون لسيدها ايضاً على قول الخريفي ومن وافقه لأن السيد اعتقه برضاه فيكون رضا منه باعطائه ماله بخلاف العتق بالاستيلاد فإنه حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ولأنه لو كان مال المكاتب يصير إلى السيد باعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء فحق كان له غرض في اخذ ماله اما لكونه يفضل عن نجوم الكتابة واما الغرض له في بعض اعيان ماله او لكونه يتعجله قبل ان تحمل نجوم الكتابة أعتق واخذ ماله وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب ان لا يشرع (فصل) وان أتت المكاتب بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها بالعتق بكل واحد من السببين أيها سبق عتق به كإلام سواء لأنه تابع لها فيثبت له ما ثبت لها وان ماتت المكاتب بقي للولد سبب الاستيلاد وحده فإن اختلفا في ولدها قتالت ولده بعد كتابتي أو بعد ولادتي وقال السيد بل قبله فقال أبو بكر القول قول السيد مع يمينه وهذا قول الشافعي لأن الأصل كون الامة وولدها رقيقاً لسيدها له التصرف فيها وهو يدعي ما يمنع التصرف ثم ، وإن زوج مكاتبته أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد هو لي لأنها ولدة قبل بيعها لك وقال المكاتب بل بعه فاقول قول المكاتب لأنهما اختلفا في ملكه ويد المكاتب عليه فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الاموال ويفارق ولد المكاتب لأنها لا تدعي ملكه

فإن أدت اليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاء وإن عجزت وفسخا الكتابة ثبت لنصفها حكم الاستيلاء ونصفها فن لا يقوم على الوارث وإن كان موسراً لأنه ليس بمعتق ، وإن مات الواطيء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقي مكاتباً وإن كان الواطيء موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاء ونصفها الآخر موقوف فإن أدت اليهما عتقت كلها وولاؤها لها ، وإن عجزت وفسخا الكتابة قومناها حينئذ على الواطيء في دفع إلى شريكه قيمة نصيبه وتصير جميعها أم ولد له فإن مات عتقت عليه وكان ولاؤها له وهذا مذهب الشافعي وله قول آخر أنها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة في نصف الشريك وتصير جميعها أم ولد ونصفها مكاتباً للواطيء فإن أدت نصيبه إليه عتقت وسرى إلى الباقي لأنه ملكه وعتق جميعها ، وإن عجزت ففسخ الكتابة كانت أم ولد له خاصة فإذا مات عتقت كلها

ولنا إن بعضها أم ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسراً بمحقق هذا أن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطيء ونسبه لاحق به فيجب أن يثبت ذلك لجميعها ويفارق الاعتاق فإنه أضعف على ما بيننا من قبل

ولنا على أن الكتابة لا تبطل بالتقويم أنها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه كما لو استولدها وهي في ملكه وكما لو لم يحمل منه فاما الولد فإنه حر لأنه من وطء فيه شبهة ونسبه لاحق به كذلك ولا يلزمه قيمته لأنها وضعت في ملكه

(فصل) وإن كاتب اثنان جاريتهما ثم وطئها أحدهما أدب فوق أدب الواطيء السكينة الخالصة له لأن الوطء ههنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو آكد وأتم أعظم وعليه لها مهر مثلها على ما سلفناه فيما إذا كان السيد واحداً فإن لم يكن حل نجم قبضت المهر فإذا حل نجمها سلمته اليهما وإن حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته إلى الذي لم يطأها واحتسب على الواطيء بالمهر وإن لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطيء نصفه وسلمته إلى الآخر وإن لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضاً عن مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وإن لم يتفقا قبضت ودفعت ما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره وإن عجزت ففسخا الكتابة وكان في يدها بقدر المهر أخذه الذي لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطيء وإن لم يكن في يدها شيء كان الذي لم يطأ أن يرجع على الواطيء بنصفه لأنه وطئ جارية مشتركة بينهما فإن جعلت منه صارت أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو معسراً فإن كان موسراً إداها في الحال وإن كان معسراً فهو في ذمته هذا ظاهر كلام الخرق في فعله هذا تصير أم ولد للواطيء ومكاتبه له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقي من كتابتها وتعتبر قيمتها مكاتبه مبقاة على ما بقي من كتابتها واختار القاضي أنه إن كان معسراً لم يسر إلا جبال لأنه بمنزلة

وروي عن أحمد في هذا روايتان (إحداهما) لا تجب قيمته لأن نصيب شريكه انتقل إليه من حين العلوق وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمه (والثانية) عليه نصف قيمته لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكاً لشريكه فقد تلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته، وقال القاضي هذم الرواية أصح على المذهب وذكر هاتين الروايتين أبو بكر واختار أنها إن وضعته بعد التقويم فلا شيء على الواطيء، وإن وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته فإن ادعى الواطيء الاستبراء وأنت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد وكان حكم ولدها حكماً، وإن أنت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء لانا تبينا أنها كانت حاملاً وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء

(فصل) وإن مطأها جميعاً فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها فإن كانت في الحالين على صفة واحدة فمما سواء في الواجب عليهما وإن كانت بكر آ حين ومطأها الأول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب فإن كان نجبها لم يحل فلهما مطالبتهم بالمهرين وإن كان النجم قد حل وهو من جنس المهر فإصا على ما ذكرنا في المقاصة فإن أدت اليهما عتقت وكان لهما المطالبة بالمهرين وإن عجزت عن نفسها وفسخت الكتابة بعد قبضها للمهرين لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء لأنها قبضت ما وهي مستعدة لذلك فإن كانا في يدها قسماهما وإن تلفا أو بعضهما فلا شيء لهما لأن السيد لا يثبت له دين على مملوكه وإن كان الفسخ قبل قبض

لا عتاق بالقول يعتبر اليسار في سرايته ونصيب الواطيء قد ثبت له حكم الاستيلاء وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له إلا حكم الكتابة فإن أدت اليها عتقت وبطل حكم الاستيلاء ونصبتها قن لا يقوم على الوارث وإن كان موسراً لأنه ليس بعق وإن مات الواطيء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقي مكاتباً وإن كان الواطيء موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاء ونصفها الآخر موقوف فإن أدت اليها عتقت كلها وولاؤها لها وإن عجزت وفسخت الكتابة قومناها حينئذ على الواطيء في دفع إلى شريكه قيمة نصيبه ويصير جميعها أم ولد له فإن مات التقت عليه وكان ولاؤها له وهذا مذهب الشافعي وله قول آخر أنها تقوم على اللوسر وتبطل عتقته في نصيب الشريك ويصير جميعها أم ولد ونصفها مكاتباً للواطيء فإن أدت نصيبه اليها عتقت وسرى إلى الباقي لأنه ملكه وعق جميعها وإن عجزت ففسخت الكتابة كانت أم ولد له خاصة فإذا مات عتقت كلها

ولنا إن بعضها أم ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسراً يحقق هذا إن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطيء ونسبه لاحق به فينبغي أن يثبت ذلك لجميعها ويفارق الاعتاق فإنه أضف على ما بيننا من قبل

ولنا على أن الكتابة لا تبطل بالتقويم أنها عتق لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه كما لو

المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ماعليه وان كان أحدهما أكثر من الآخر تقاص منها بقدر أقلها على الآخر بنصف الزيادة وان قبضت البعض من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ماعليه وان قبضت البعض من أحدهما دون الآخر او قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الا أكثر على الآخر بنصف الزيادة التي أداها وان أفضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها لان الأفضاء في الحررة يوجب ثلث ديتها فوجب في الأمة ثلث قيمتها مع المهر (فصل) ويحتمل أن يلزمه في الأفضاء قدر نقصها، وقال القاضي تلزمه قيمتها وهو مذهب الشافعي والخلاف في ذلك فرع على الواجب في أفضاء الحررة وقد ذكرناه فان فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الآخر بنصف قيمة الأفضاء على الخلاف الذي ذكرناه، وان ادعى كل واحد منهما على الآخر انه الذي أفضاها او وطئها حلف كل واحد منهما وبرى، وان نكل أحدهما قضي عليه وان كان الخلاف في ذلك قبل عجزها فادعت على أحدهما فاقول قوله مع يمينه وان ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى

(فصل) فان أولدها كل واحد منهما وانفق على السابق منها فلي قول الخرقى نصير ام ولده وولده حر لاحق النسب به والخلاف في ذلك كالحلاف فيما اذا انفرد بإيلادها سواء وما اثنى فلي قول الخرقى قد وطئ، ام ولد غيره بشبهة وأولدها فلا نصير ام ولد له لانها

استولدها وهي في ملكه أو كما لو لم تجل منه وأما الولد فهو حر لانه من وطئ فيه شبهة ونسبه لاحق به لذلك ولا تلزمه قيمته لانها وضعت في ملكه وروي عن أحمد في هذا روايتان (إحداهما) لا تجب قيمته لان نصيب شريكه انتقل اليه من حين العلوق وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمه (والثانية) عليه نصف قيمته لانه كان من سبيل هذا النصف ان يكون مملوكا لشريكه فقد أتمف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته قال القاضي هذه الرواية أصح في الذهب وذكره التين الروايتين أبو بكر وذكر أنها ان وضعت بعد التقويم فلا شيء على الواطئ وان وضعت قبل التقويم غرم نصف قيمته فان ادعى الواطئ لها الاستبراء فانت بالولد لا أكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم نصير أم ولد وكان حكم ولدها حكمها ان أتت به لاقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء لانا تبينا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها جميعا فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها)

فان كانت في الحائض على صفة واحدة فهما سواء في الواجب عليهما وان كانت بكرًا حين وطئها الاول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب فان كان نكحها لم يجز فلهما معا لثبتهما بالمهرين وان كان قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ما ذكرنا في المقاصة فان أدت اليها عتقت وكان لها المطالبة بالمهرين وان عجزت نفسها وفسخت الكتابة بعد قبضها المهرين وكانا سواء لم يملك أحدهما

٤٠٠ حكم مالو أولدها كل واحد منهما وانتقا على السابق منهما (المغني والشرح الكبير)

مملوكة غيره فاشبهه مالو باعها ثم أولدها وعليه مهرها لما لان الكتابة لم تبطل والولد حر لانه من وطء شبهة وعليه قيمته للابول لانه فوت رقه عليه فكان من سييله أن يكون رقيقاً له حكمه حكم أمه فتلزمه قيمته على هذه الصفة وقد ذكرنا في وجوب نصف قيمة الاول خلافاً فان قلنا بوجوبها تقاصاً بما لكل لواحد منها على صاحبه في القدر الذي تساوى فيه ويرجع ذو الفضل بفضلها وتعتبر القيمة يوم الولادة لانها اول حال أمكن التقوم فيها وذكر القاضي في هذه المسئلة أربعة أحوال

(احدها) ان يكونا موسرين فالحكم على ما ذكرنا إلا انه جعل المهر الواجب على الثاني للاول وهذا مذهب الشافعي ولا يصح لان الكتابة لا تبطل بالاستيلاد ومهر المكاتبه لها دون سيدها ولان سيدها لو وطئها لوجب عليه المهر لها فلان لا يملك المهر الواجب على غيره اولى ، ولأنه عوض نفعها فكان لها كأجرتها

(الثاني) ان يكون الاول موسراً والثاني معسراً فيكون كالحال الذي قبله سواء قال القاضي: إلا ان ولده يكون مملوكاً لاعساره بقيمته وهذا غير صحيح لان الولد لا يرق لاعسار والده بدليل ولد المغرور من أمة والوطء شبهة وكل موضع حكمنا بحرية الولد لا يخنك بالاعسار واليسار وإنما يعتبر اليسار في سراية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية انما هو لاجل الشبهة في الوطء فلا وجه لاعتبار اليسار فيه والصحيح انه حر وتجب قيمته في ذمة أبيه

مطالبة الآخر بشيء لانها قبضتها وهي مستحقة لذلك فان ثانياً في يدها اقتسامها وان تلفا أو بعضهما فلا شيء لهما لان السيد لا يثبت له دين على مملوكه وان كان الفسخ قبل قبض المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ما عليه وان كان أحدهما أقل من الآخر تقاصاً منهما بقدر أقلهما ويرجع من عليه أقلهما على الآخر بنصف الزيادة وان قبضت من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ما عليه وان قبضت البعض من أحدهما دون الآخر أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الاكثر على الآخر بنصف الزيادة التي اداها فان افضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها لان الافضاء في الحرة يوجب ثلث ديتها فيوجب في الامة ثلث قيمتها وهو مذهب الشافعي وهذا الخلاف مبني على الواجب في افضاء الحرة وسند كره ان شاء الله تعالى فان فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الآخر بنصف قيمة الافضاء على الخلاف المذكور فان ادعى كل واحد منهما على الآخر انه الذي افضاها أو وطئها حلف كل واحد منهما وبرى وان نكل أحدهما قضى عليه وان كان الخلاف قبل عجزها فادعت على أحدهما فالقول قوله مع يمينه وان ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى

﴿ مسئلة ﴾ (وان ولدت من أحدهما صارت ام ولده) ويغرم لشريكه نصف قيمتها وهل يغرم نصف قيمة ولدها ؟ على روايتين

المغني والشرح الكبير (حكم مالو اولدها كل واحد منها واتقيا على السابق منها ٤٠١)

(الحال الثالث) ان يكونا معسرين فانها تصير ام ولد لها جميعاً نصفها ام ولد للاول ونصفها ام ولد للثاني قال وعلى كل واحد منها نصف مهرها لصاحبه وفي ولد كل واحد منها وجهان (أحدهما) أنه يكون كله حراً وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه

(والثاني) نصه حر وباقيه عبد لشريكه الا أن نصف ولد الاول عبد قن لانه تابع للنصف الباقي من الام ، وأما النصف الباقي من ولد الثاني فخكه حكم أمه لانه ولد منها بعد ان ثبت لنصفها حكم الاستيلاد للاول فكان نصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك ولعل القاضي أراد ما اذا عجزت وفنخت الكتابة ، فأما اذا كانت باقية على الكتابة فان لها المهر كاملاً على كل واحد منها واذا حكم برق نصف ولدها وجب ان يكون له حكمها في الكتابة لان ولد المكتوبة يكون تابعاً لها

(الحال الرابع) ان يكون الاول معسراً والثاني موسراً فخكه حكم الثالث سواء إلا أن ولد الثاني حر لان الحرية ثبتت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى إلى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الام لان نصفها ام ولد للاول ولو صح هذا لوجب ان لا يقوم عليه نصف الولد لان حكمه حكم أمه في هذا فاذا منع حكم الاستيلاد السراية في الام منه فيما هو تابع لها ومذهب الشافعي في هذه المسئلة قريب مما ذكر القاضي

وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه فيما إذا وطئها احدهما

(مسألة) (وان اتت بولد والحق بهما صارت ام ولد لها يعتق نصفها بموت احدهما وباقيها بموت الآخر كالمالك سيدها واحداً واستولدها فانها تعتق بموته وعند القاضي لا يسري استيلاد احدهما الى نصيب شريكه)

لانه انعمد له سبب استحاققه للولاء على نصيبه بالكتابة فلم يميز ابطاله بالسراية الا ان يصح فينظر حينئذ فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه وإلا فلا وقد ذكرنا قول القاضي واجبتا عنه فيما سبق (فصل) فاما ان اولدها كل واحد منها واتقيا على السابق منهما فعلى قول الخرقي تصير ام ولد له وولده حر يلحقه نسبه والخلاف في ذلك كالخلاف فيما اذا انفرد بايلادها سواء ، وأما الثاني فقد دلت على ام ولد غيره بشبهة واولدها فلا تصير ام ولد له لانها مملوكة غيره فاشبه ما لو باعها ثم اولدها وعليه مهرها لها لان الكتابة لم تبطل والولد حر لانه من وطء شبهة وعليه قيمته للاول لانه فوت رقه عليه وكان من سبيله ان يكون رقيقاً له حكمه حكم امه فتلزمه قيمته على هذه الصفة وقد ذكرنا في وجوب نصف قيمة الاول خلافاً فان قلنا بوجوبها تقاصاً بالو احد منها على صاحبه في القدر الذي تساوى فيه ويرجع ذو الفضل بفضل وتعتبر القيمة يوم الولادة لانها اول حال امكن التثويم فيها وذكر القاضي في المسئلة اربعة احوال

(فصل) وإن اختلفا في السابق منها فادعى كل واحد منهما أنه السابق فعلى قولنا المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية لأنه يقول صارت أم ولد لي بأجنبي إياها ووجب لشريكي علي نصف قيمتها ولي عليه قيمة ولده لأنه يقول أولدها بعد أن صارت أم ولد لي وهل يكون مقرآ له بنصف قيمة ولده؟ على وجهين سبق ذكرهما فعلى هذا أن استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصاً وتساقطاً ولا يمين لواحد منهما على صاحبه لأنه يقول لي عليك مثل مالك علي والجنس واحد فتساقطاً وإن زاد ما يقر به فلا شيء عليه لأن خصمه يكذبه في إقراره، وإن زاد ما يدعيه فله اليمين على صاحبه في الزيادة، وثبتت الإلزام حكم العتق في نصيب كل واحد منهما بموته لاقراره بذلك ولا يقبل قوله على شريكه في اعتناق نصيبه.

وقال أبو بكر في الإلزام قولان (أحدهما) يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له (والثاني) تكون أم ولد لهما ولا يطؤها واحد منهما قال وبالأول أقول، وأما القاضي فاختار أنهما إن كانا موسرين فكل واحد منهما يدعي المهر على صاحبه ويقر له بنصفه وهذا مذهب الشافعي لأن المهر عند لم سيدها دونها ولا يثبت شيء منها بموت الأول لاحتمال أن تكون أم ولد للآخر، وأما إذا مات الآخر عتقت لأن سيدها قد مات يقيناً وإن كانا موسرين فكل واحد منهما مقر بأن نصفها أم ولده ويصدق له الآخر لأن الاستيلاء لا يسري مع الأعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصدق له.

(أحدها) إن يكونا موسرين فالحكم على ما ذكرنا إلا أنه جعل المهر الواجب على الثاني للأول وهذا مذهب الشافعي ولا يصح هذا لأن الكتابة لا تبطل بالاستيلاء ومهر المكتبة لما دون سيدها ولأن سيدها لو وطئها وجب عليه المهر لما فلائ لا يملك المهر الواجب على غيره أولى ولأنه عوض نفقها فكان لها كأجرتها.

(الثاني) إن يكون الأول موسراً والثاني معسراً فيكون كالخلل الأول سواء قال القاضي إلا أن ولده يكون مملوكاً لأعساره بتميته وهذا غير صحيح لأن الولد لا يرق بأعسار والده بدليل ولد المفزور من أمة والوطء بشبهة وكل موضع حكماً ببحرية الولد لا يختلف بالأعسار واليسار وإنما يعتبر اليسار في سراية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية إنما هو لأجل الشبهة في الوطء فلا وجه لاعتبار التساوي فيه والصحيح أنه حر ونجب قيمته في ذمة أبيه.

(الخلل ثالث) إن يكونا معسرين فأنها تصير أم ولد للأول ونصفها للثاني قال وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه وفي ولد كل واحد منهما وجهان (أحدهما) أن يكون كله حراً وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه (والثاني) نصف حر وإقيه عبد لشريكه إلا أن نصف الولد الأول عبد قن لأنه تابع للنصف الباقي من الأم وأما النصف الباقي من ولد الثاني فحكمه حكم أمه لأنه ولد منها بعد أن ثبت لنصفها حكم الاستيلاء للأول فكان نصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك ولعل القاضي أراد

فيتقاصان ان تساويا وان فضل أحدهما صاحبه نظرت فان كان كل واحد منهما يدعي الفضل تحالفا وسقط وإن كان كل واحد منهما يقر للآخر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به ، وفي الولد وجهان (أحدهما) يكون حراً فيكون كل واحد منهما يدعي على الآخر نصف قيمة الولد (والوجه الثاني) نصفه حر فيقر بأن نصف الولد مملوك لشريكه فيكون الولدان بينهما من غير يمين وعلى الوجه الاول يتقاصان ان تساوت قيمة الولدين ولا يمين في الموضعين فأيهما مات عتق نصيبه وولأؤه له وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر يقر للمعسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد ونصف مهرها ويدعي عليه جميع المهر وقيمة الولد والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدقه فيه ويتقاصان بالمهر لاستوائهما فيه ويدفع المعسر الى الموسر نصف قيمة الولد لاقراره به ويحلف على ما يدعي عليه من الزيادة لانه ادعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذي ادعاه المعسر عليه

فاما الجارية فان نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيها يتنازعه فان مات الموسر أولاً عتق نصيبه وولأؤه لورثته فإذا مات المعسر عتق باقيها وان مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء فإذا مات الموسر عتق جميعها وبجيء على قول أبي بكر أن يقرع بينهما في النصف المختلف فيه

ما إذا عجزت وفسخت الكتابة ، فاما إذا كانت باقية على الكتابة فلها المهر كاملاً على كل واحد منهما إذا حكم بزوجي نصف ولدها ووجب ان يكون له حكمها في الكتابة لأن ولد الكتابة يكون تابعاً لها (الحال الرابع) ان يكون الاول معسراً والثاني موسراً فتحكمه حكم امثال سواء إلا ان ولد الثاني حر لان الحرية ثبت لنصفه بفصل أبيه وهو موسر فسرى الى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الام لان نصفها ام ولد للاول ولو صح هذا لوجب ان لا يقوم عليه نصف الولد لان حكمه حكم امه في هذا فاذا منع حكم الاستيلاد السراية في الام منه فيما هو تابع لها ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكر القاضي

(فصل) وإن اختلفا في السابق منها فادعى كل واحد منهما أنه السابق فعلى قولنا لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية لانه يقول صارت أم ولد لي باحبالي اياها ووجب لشريكي علي نصف قيمتها ولي عليه قيمة ولده لانه يقول اولدتها بعد أن صارت أم ولد لي وهل يكون مقرراً لها بنصف قيمة ولدها ؟ على وجهين سبق ذكرهما فعلى هذا ان استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصاً وتساقطاً ولا يمين على صاحبه لانه يقول لي عليك مثل مالك علي والجنس واحد فتساقطاً وان زاد ما يقر به فلا شيء عليه لان خصمه يكذبه في اقراره وان زاد ما يدعيه فله اليمين على صاحبه في الزيادة ويثبت للامة حكم العتق في نصيب كل واحد منهما بموته لاقراره بذلك ولا يقبل قوله على شريكه في اعتاق نصيبه

(فصل) فان وطثاها معاً فانت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما مثل أن تأتي به بعد استبرائها منهما أو بعد أربع سنين منذ وطثها كل واحد منهما أو قبل مضي ستة أشهر منذ وطثها كل واحد منهما فان الولد مني عنهما وهو مملوك لها حكمه حكم أمه في العتق بإدائها، وإذا ادعى كل واحد منهما الاستبراء قبل منه لان دعوى الاستبراء في الامة كالدان في الحرة (القسم الثاني) أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ولدت من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف في ذلك . وأما الذي لم يخل من وطثه فان كان الأول فعليه المهر لها وإن كان هو الثاني فقد وطئ أم ولد غيره فان كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضاً وإن كانت الكتابة قد فسخت فالمر للذي استولدها وقد وجب للثاني على الأول نصف قيمتها ، وفي قيمة نصف الولد روايتان فان كن المهر للأول تقاصاً بقدر أقل الحقين وإن كن المهر لها رجح بحقه على الذي أحبلها وأما القاضي فقال في هذا انقسم الحكم في الأول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على ماضى من التفصيل والتطويل

وأما الثاني فان وطثها بعد ولادتها من الأول نظرنا فان وطثها بعد الحكم بكونها أم ولد للأول فعليه مهر

وقال أبو بكر في الامة قولان أحدهما) ان يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له (والثاني) تكون أم ولد لها ولا يطؤها واحد منهما قال وبالأول اقول وأما القاضي فاختر انهما ان كانا موسرين فكل واحد منهما يدعي المهر على صاحبه ويقر له بنصفه وهذا مذهب الشافعي لان المهر عندهم أسيدها دونها ولا يعتق شيء منها بموت الأول لاحتمال ان تكون أم ولد للآخر فإذا مات الآخر عتقت لان سيدها قد مات يقيناً وإن كانا مصرين فكل واحد منهما يقر بان نصفها أم ولده ويصدق له الآخر لان الاستيلاء لا يسري مع الاعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصدق فيتقاصان ان تساويا وان فضل احدهما صاحبه نظرت فان كان كل واحد منهما يدعي الفضل مخالفاً وسقط وإن كان كل واحد منهما يقر بالفضل سقط لكذب المقر له به وفي الولد وجهان (أحدهما) يكون حراً فيكون كل واحد منهما يدعي على الآخر نصف قيمة الولد (والوجه الثاني) نصفه حر فيقر بان نصف الولد مملوك لشريكه فيكون الولد بينهما من غير يمين وعلى الوجه الأول يتقاصان ان استوت قيمة الولدين ولا يمين في الموضعين وأيهما مات عتق نصيبه وولأوه له وإن كان أحدهما موسراً والآخر مصرراً فالموسر يقر للمصر بنصف قيمة الامة ونصف مهر مثلها ويدعي عليه جميع المهر وقيمة الولد والمصر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرارا للموسر للمصر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدق فيه ويتقاصان بالمهر لا ستواءهما فيه ويدفع المصر الى الموسر نصف قيمة الولد لإقراره به ويخلف على ما يدعيه عليه من الزيادة لأنه ادعى عليه

مثلاً فإن كان فسخ الكتابة في حق نفسه لمجزها فالمهر له لأنها أم ولده وإن كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها نصفين وإن وطئها بعد زوال الكتابة في حقه وقبل الحكم بانها أم ولد للاول سقط عنه نصف مهرها لأن نصفها قن له وعليه النصف لما أن لم يكن الاول فسخ الكتابة أو له أن كان فسخ وإن كان الاول مفسراً فنصيبه منها أم ولد له ولها عليهما المهران والحكم فيما إذا عجزت أو أدت قد تقدم فاما أن كان الولد من الثاني فالحكم في وطء الاول كالحكم فيه إذا وطئ منفرداً فلم يجعلها

وأما الثاني فإن كان مفسراً قوم عليه نصيب شريكه عند المعجز فإن فسخا الكتابة قومناها عليه وصارت أم ولده وإن رضي الثاني بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب الاول وصارت كلها أم ولده ونصفها مكاتب ويرجع الاول على الثاني بنصف المهر ونصف قيمة الولد على إحدى الروايتين ويرجع الثاني على الاول بنصف المهر فيقتاضان به أن كان باقياً عليهما وإن كان الثاني مفسراً فالحكم فيه كالولدت من الاول وكان مفسراً لافضل بين المستلتين

(أقسم الثالث) أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما فإنه يرى اقامة معهما فيلحق بمن أحقوه به منهما فن ألحق به فحكمه حكم مالمو عرف أنه منه بغير قافة

جميع قيمة الولد فأقرله بنصفها ويحلف له المومر على نصف قيمة الولد الذي ادعاه المومر عليه وأما الجارية فإن نصيب المومر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيه يتنازعان فإن مات المومر أولاً عتق نصيبه وولأؤه لورثته فإذا مات المومر عتق باقيها وإن مات المومر أولاً لم يعتق منها شيء فإذا مات المومر عتق جميعها ويحجي على قول أبي بكر أن يقرع بينهما في النصف المختلف فيه (فصل) فإن وطئها معا فأت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام

(أحدها) أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما مثل أن تأتي به بعد استبراءها منها أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما فيكون متغيماً عنهما مملوكاً لها حكمه حكم أمه في العتق بإدائها وتقبل دعوى الاستبراء من كل واحد منهما لأن دعوى الاستبراء في الأمة كلامان في الحرة

(القسم الثاني) أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه والحكم فيه حكم ما إذا أدت من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف في ذلك فاما الذي لم يجعل من وطئها فإن كان الاول فعليه المهر لها وإن كان الثاني فقد وطئ أم ولد غيره فإن كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضاً وإن كانت قد فسخت فالمهر للذي استولدها وقد وجب لثاني على الاول نصف قيمتها وفي قيمة نصف الولد روايتان فإن كان المهر للاول تقاضا بقدر أقل الحقين وإن كان المهر لها رجع بحقه على الذي أحبلها وأما القاضي فقال في هذا القسم الحكم في الاول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على ما مضى من انفصيل وأما الثاني فإن وطئها بعد ولادتها من الاول نظرنا فإن وطئها بعد الحكم بكونها أم ولد للاول فعليه مهر مثلها فإن كان فسخ الكتابة في حق نفسه لمجزها فالمهر له لأنها أم ولده وإن

(مسئلة) قال (وإذا كاتب نصف عبد قادی ما كوتب عليه ومثله لسيده صار حراً بالكتابة ان ان الذي كاتبه معسر اذ كان موسراً عتق عليه كلاً وصار نصف قيمته على الذي كاتبه لشريكه) وجملة ان الرجل اذا كان له نصف عبد كانت له مكاتبته وتصح منه سواء كان باقيه حراً أو مملوكاً لغيره وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن هذا ظاهر كلام الخرقى وابي بكر وقول الحكم وابن ابي ليلى ، وحكى ذلك عن الحسن البصري والحسن بن صالح ومالك والعمري وكره الثوري ومحمد كتابته بغير اذن شريكه

وقال الثوري ان فعل رددته إلا ان يكون تقده فيضمن لشريكه نصف ما في يده ، وقال ابو حنيفة تصح باذن الشريك ولا تصح بغير اذنه وهذا أحد قولي الشافعي إلا ان أبا حنيفة قال اذنه فيما مضى في ذلك يقتضي الاذن في تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الاذن بشيء منه، وقال ابو يوسف ومحمد يكون جميعه مكاتباً

وقال الشافعي في أحد قولي ان كان باقيه حراً صحت كتابته وإن كان باقيه مملوكاً لم تصح كتابته سواء أذن فيه الشريك ام لم يأذن لان كتابته تقتضي اطلاقه في رد الكسب والمسافرة ومالك نصفه

كان لم يفسخ فظاهر بينه وبينها نصفين وان وطئها بعد زوال الكتابة في حقه وقبل الحكم بأنها أم ولد للأول سقط عنه نصف مهر لأن نصفها قن له وعليه النصف لها ان لم يكن الأول فسخ الكتابة أوله ان فسخ وإن كان الأول معسراً فتصبيه منها أم ولد له ولها عايتها المهران والحكم فيما اذا عجزت أو أدت قد تقدم فأما ان كان الولد من الثاني فالحكم في وطء الأول كالحكم فيه اذا وطئ منفرداً ولم يجبه ، وأما الثاني فان كان موسراً أقوم عليه نصيب شريكه عند العجز فان فسخ الكتابة قومناها عليه وصارت أم ولد له وان رضي الثاني بالقيام على الكتابة قومنا عليه نصيب الأول وصارت كلها أم ولد له ونصفها مكاتب ويرجع الأول على الثاني بنصف المهر ونصف قيمة الولد على احدي الروايتين ويرجع الثاني على الأول بنصف المهر فيتقاصان به ان كان باقياً عليهما وان كان الثاني معسراً فالحكم فيه كما لو ولدت من الأول وكان معسراً لا فصل بين المسلتين

(القسم الثالث) أمكن ان يكون الولد من كل واحد منهما فيرى القافة معهما فيلحق بمن الحقوه به منهما فمن الحق به فحكمه حكم مالو عرف أنه منه بغير قافة

(مسئلة) (ويجوز بيع المكاتب ومشتريه يقوم مقام المكاتب)

ومن قال يجوز بيع المكاتب عطاء والنخعي والليث وابن المنذر وهو قديم قولي الشافعي قال ولا وجه لقول من قال لا يجوز وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه لا يجوز بيعه وهو قول مالك وأصحاب الرأي والجديد ان قولي الشافعي لانه عقد يمنع استحقاق كسبه فممن بيعه كبيعته

يمنع ذلك ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسباً له ويستحق سيده نصفه ، ولأنه إذا أدى عتق جميعه فيؤدي الى أن يؤدي نصف كتابته ويعتق جميعه
ولنا انه عقد معاوضة على نصفه فصاح كيبه ولأنه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ولأنه ينفذ اعتاقه فصحت كتابته كالمبد الكامل وكما لو كان باقية حراً عند الشافعي أو أذن فيه الشريك عند الباقيين

وقولهم انه يقتضي المسافرة والكسب وأخذ الصدقة قلنا أما المسافرة فليست من مقتضيات الأصلية فوجود مانع منها لا يمنع اصل العقد وأما الكسب وأخذ الصدقة فإنه لا يمنع كسبه وأخذ الصدقة فيجزئه بالمكاتبية ولا يستحق الشريك شيئاً منه لأنه إنما استحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه فكذلك فيما حصل به كما لو ورث شيئاً يجزئه الحر وأما الكسب فإن دأباً له مالك نصفه فكسب في نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً وإن لم يهايته فكسب بجملة شيئاً كان ينبغي له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقي لأنه كسبه يجزئه المملوك فيه فأشبهه مالوكسب قبل كتابته فيقسم بين سيده

وقولهم انه يفضي الى أن يؤدي بعض الكتابة فيعتق جميعه قلنا يبطل هذا بما لو عتق نصيبه على أداء مال فإنه يؤدي عوض البعض ويعتق الجميع على اتنا نقول لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة فان جميع الكتابة هو الذي كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شيء فلا يعتق حتى يؤدي جميعها ،

لاجنبي وعتقه ، وقال الزهري وأبو الزناد يجوز بيعه برضاه ولا يجوز بغيره وحكي ذلك عن أبي يوسف لان بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها ولان لسيده استيفاء منافع برضاها ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه وإنما مروى عروة عن عائشة أنها قالت جاءت بريرة الي فقالت يا عائشة اني كاتبته اهلي على تسع اواق في كل عام أوقية فأعيني ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً فقالت لها عائشة ونقست فيها ارجمى إلى أهلك ان أحوا أن أعطيتهم ذلك جميعاً فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا ان شئت أن تحتسب عليك فاتفعل ويكون ولاؤك لنا فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ فقال « لا يمنحك ذلك منها ابتاعي واعتقي إنما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « اما بعد فما بال ناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق وإنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه ، قال ابن المنذر بيعت بريرة بلم النبي ﷺ وهي مكاتبية لم ينكر ذلك في ذلك ائبن البيان ان بيعه جائز ولا أعلم خبراً يعارضه ولا أعلم في شيء من الاخبار دليلاً على عجزها وتاوله الشافعي على انها كانت قد عجزت وكان يبيعها فسحاً لكتابتها وهذا التأويل بعيد يحتاج الى دليل في غاية القوة وليس في الخبر ما يدل عليه بل قولها اعيني على كذا يبي دليل على بقائها على المكاتبية ولأنها أخبرتها ان نجومها في كل عام أوقية فالمعجز إنما يكون بمضي عامين عند من لا يرى المعجز إلا بحلول

ولانه لا يعتق الجميع بالاداء وانما يعتق الجزء المكاتب لا غير وباقيه ان كان المكاتب معسراً لم يعتق وان كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولا ينعم هذا كما لو أعتق بعضه عتق جميعه فاذا جاز جميعه باعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجري مجرى العتق

اذا ثبت هذا فانه اذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتمد الجزء الذي كاتبه لان الكتابة عقد معاوضة فلم يسر كالبيع وليس للعبد ان يؤدي الى مكاتبه شيئاً حتى يؤدي الى شريكه مثله سواء أذن الشريك في كتابته أو لم يأذن لانه انما اذن في كتابة نصيبه وذلك يقتضي ان يكون نصيبه باقياً له ولا يقتضي ان يكون معروفاً في الكتابة هذا اذا كان الكسب بجميعه فان أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق لان الكتابة الصحيحة تقتضي المتق براءته من "معرض وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له وان أدى اليها جميعاً عتق كله لان نصفه يعتق بالاداء فاذا عتق سرى الى سائرته وان كان الذي كاتبه موسراً لان عتقه بسبب من جهته فلزمته قيمته كما لو باشره بالعتق أو كما لو عتق نصيبه على صفة فتق بها ورجع الشريك على المكاتب بنصف قيمته كما لو باشره بالعتق ، فأما ان ملك العبد شيئاً بجزئه المكاتب مثل ان هاباه سيده فكسب شيئاً في نوبته أو اعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره فلا حق لسيده فيه وله أداء جميعه في كتابته لانه انما استحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبه النصف الباقي بد اعطاء الشريك حقه فلو كان ثلثه حرّاً وثلثه مكاتباً وثلثه رقيقاً فورث بجزئه

نجمين او بمضي عام عند الآخرين والظاهر ان شراء عاتشة لها كان في اول كتابتها ولا يصح قياسه على أم الولد لان سبب حررتها مستقر على وجه لا يمكن فسحه بحال فأشبهه لوقف والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته إذا عجز فافترقا قل ابن أبي موسى هل للسيد أن يبيع المكاتب بأكثر مما كان عليه ؟ على روايتين ولان المكاتب عبد مملوك لسيده لم يتحم عتقه فجاز بيعه كالمملوق عتقه بصفة والدليل على انه مملوك قول النبي ﷺ « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ولان مولاته لا يلزمها أن تحتجب منه إذا لم يملك ما يؤدي لقول النبي ﷺ « إذا كان لاحدا كن مكاتب فلك ما يؤدي فلتحتجب منه يدل بمنهومه على أنها لا تحتجب منه قبل ذلك وإنما سقط الحجاب عنه لكونه مملوكها ولانه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ولانه يرجع عند العجز الى كونه قناولو صار حرّاً ما عاد إلى الرق ويفارق اعتاقه لانه يزيل الرق بالكلية وليس بقصد انما هو اسقاط للملك فيه وأما بيعه فلا يمنع للشترى بيعه وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسئلتنا .

(فصل) وتجوز هبته والوصية به وقد روي عن احمد انه منع هبته لان الشرع إنما ورد ببيعه والصحيح جوازها لان ما كان في معنى المنصوص عليه يثبت الحكم فيه .

(فصل) ومشرته يقوم فيه مقام المكاتب .

وجملة ذلك أن الكتابة لا تنسخ بالبيع ولا يجوز ابطالها لانه في هذا خلافاً قال ابن المنذر

الحر ميراثاً وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله في كتابته لانه ما استحق بجزئه الرقيق شيئاً منه فلا يستحق مالكة منه شيئاً وإذا أدى جميع كتابته عتق فاذا كان الذي كاتبه ميسراً لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما إذا واجهه بالعتق الاعلى الرواية التي نقول فيها بالاستسعاء فانه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب وان كان موسراً سرى الى باقيه

(فصل) وإذا كان العبد كله ملسكا لرجل فكاتب بعضه جاز قاله أبو بكر لانها معاوضة فصحت في بعضه كالبيع فاذا أدى جميع كتابته عتق كله لانه اذا سرى العتق فيه الى ملك غيره قالى ملكه اولى ويجب ان يؤدي الى سيده مثلي كتابته لان نصف ما يكسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ونصفه يؤدي في الكتابة الا ان يرضي سيده بتأدية الجميع في الكتابة فيصح وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية

(فصل) وإذا كان العبد لرجلين فكاتباه معا جاز سواء تساويا في العوض أو اختلفا فيه وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلف وسواء كان في عقد واحد أو عقدين وهذا قول أبو حنيفة .
وقول الشافعي لا يجوز ان يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك ولان التساوي في المال منع التفاضل في الملك لان ذلك يؤدي الى ان ينتفع احدهما بمال الآخر لانه اذا دفع الى أحدهما أكبر من قدر ملكه ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك

ولنا ان كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز ان يختلفا في العوض كالبيع وما ذكره

أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان يبيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضياً فيها مؤدياً ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز وذلك لانها عقد لازم فلا يبطل بالبيع كالأجارة والنكاح ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه كما كان عند البائع مبقى على ما بقي من كتابته يؤدي الى المشتري ما كان يؤدي إلى البائع

﴿ مسألة ﴾ (فان أدى عتق وولاؤه له وان عجز عاد قنا له ، وإن لم يعلم انه مكاتب

فله الرد والارش)

إذا أدى الى المشتري عتق لان حق المكاتب فيه انتقل الى المشتري فصار المشتري هو المعتق وولاؤه له لقول رسول الله ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » وقد دل عليه حديث بريرة لانه جعل ولاءها لما نشأ حين اشتريها وأعتقها وان عجز عاد قنا له لانه صار سيده فقام مقام المكاتب وان لم يعلم انه مكاتب ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الارش لان الكتابة عيب لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطء ان كانت أمة فملك الفسخ كسراء الامة المزوجة فيخير حينئذ بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين الامساك مع الارش على ما ذكرنا في البيع .

لا يلزم لان انتفاع احدهما بمال الآخر انما يكون عند العجز وليس ذلك من مقتضيات العقد وانما يكون عند زواله فلا يضر ولانه انما يؤدي اليهما على التساوي وانما عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين فلم يكن احدهما منتفعاً الا بما يقابل ملكه وعاد الامر بعد زوال الكتابة الى حكم الرق كانه لم يزل فان قيل فالتساوي في الملك يقتضي التساوي في أدائه اليهما ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسري الى نصيب صاحبه ويرجع عليه الآخر بنصف قيمته قلنا يمكن أداء كتابته اليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ويمكن ان يكاتب احدهما على مائة في نجمين في كل نجم خمسون ويكاتب الآخر على مائتين في نجمين في النجم الاول خمسون

وفي الثاني مائة وخمسون ويكون وقتها واحد يؤدي الى كل واحد منهما حق على ان أصحابنا قالوا لا يسري العتق الى نصيب الآخر مادام مكاتباً فلي هذا القول لا يفتي الى ما ذكره على انه وان قدر افضاؤه اليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فانه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ويمكن وجود سرية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلي قيمته فاذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم له باقي المال وحصل له ولاء العبد ولا ضرر في هذا ثم لو كان فيه ضرر لكن قدر خفي به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه والضرر المرضي به من جهة المضرور لا عبرة به كما لو باشره بالعتق أو أبرأه من مال الكتابة فانه يعتق عليه ويسري عتقه ويغرم لشريكه وهو جائر فهذا أولى بالجواز ولا يجوز ان يختارنا

(فصل) فاما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه فلا يصح وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وابو ثور وقال عطاء وعمر بن دينار ومالك يصح لان السيد يملكها في ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله

ولنا انه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار انه معرض للسقوط بعجز المكاتب ولانه لا يملك السيد اجبار العبد على أدائه ولا الزامه بتحصيله فلم يجز بيعه كالعدة بالتبرع ولانه غير مقبوض وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض فن باعه فالبيع باطل وليس له شترى مضالبة المكاتب بتسليمه اليه وله الرجوع بالثمن على البائع ان كان دفعه اليه وان سلم المكاتب الى المشتري نجومه فغني وجهان

(احدهما) يعتق لان البيع يضمن الاذن في القبض فاشبه قبض الوكيل (والثاني) لا يعتق لانه لم يستأنبه في القبض وانما قبض نفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض فاسداً فلم يعتق بخلاف وكيله فانه استأنبه ولو عرح بالاذن لم يكن مستأنباً له في القبض وانما اذنه في القبض بحكم الماوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فن قلنا يعتق بالاداء يرى المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشتري بما قبضه لانه كالمالك عنه فان كان من جس الثمن وكان قد تلف تقاضا بقدر اقامه ورجع ذو الفضل بفضله وان قلنا لا يعتق بذلك قال للكتابة بان في ذمة المكاتب ويرجع المكاتب على المشتري بما

في التنجيم ولا في أن يكون لأحدهما في النجوم قبل النجم الأخير أكثر من الآخر في أحد الوجهين لانه لا يجوز أن يؤدي اليه الأعلى سواء ولا يجوز تقديم أحدهما بالأداء على الآخر واختلافهما في ميقات النجوم وقدر المؤدى فيهما ينفى إلى ذلك

(والتاني) يجوز لانه يمكن أن يجعل لمن تأخر نجمه قبل عمله ويعطي من قل نجمه أكثر من الواجب له ويمكن أن يأذن له أحدهما في الدفع إلى الآخر قبله أو أكثر منه ويمكن أن ينظره من حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه وإذا أمكن إفضاء العقد إلى مقصوده فلا يعمله باحتمال عدم الإفضاء اليه .

(فصل) وليس للمكاتب أن يؤدي إلى أحدهما أكثر من الآخر ولا يقدم أحدهما على الآخر ذكره إمامنا وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم في خلافهما سواء فيه فيستويان في كسبه وحققهما متعلق بما في يده تعاقباً واحداً فلم يكن له أن يخص أحدهما بشيء منه دون الآخر ولأنه ربما عجز فيعود إلى الرق ويتساويان في كسبه فيرجع أحدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض وللآخر أن يأخذ من حصته إذا لم يكن إذن في القبض وإن أذن فيه ففيه وجهان ذكرهما أبو بكر (أحدهما) يصح لأن المنع لحقه فجاز بأذنه كما لو أذن المرتهن للراهن في التصرف فيه أو أذن البائع للمشتري في قبض البيع قبل توفية ثمنه أو

دفعه إليه ويرجع للمشتري على البائع فإن سلمه للمشتري إلى البائع لم يصح تسليمه لانه قبضه بغير إذن المكاتب فأشبهه ماله وأخذ من ماله بغير إذنه وإن كان من غير جنس مال الكتابة تراجماً بما لكل واحد منهما على الآخر وإن باعه مأخذه بماله في ذمته وكان مما يجزى البيع فيه جاز إذا كان ما قبضه السيد باقياً وإن كان قد تلف ووجبت قيمته وكان من جنس مال الكتابة تقاصاً وإن كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسباً به جاز

(فصل) وإذا كان للمكاتب ولد تبعه في الكتابة فباعها صح لانها ملكه ولا مانع من بيعها ويكونان عند المشتري كما كانا عند البائع سواء وإن باع أحدهما دون صاحبه أو باع أحدهما الرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين

(أحدهما) انه لا يجوز التفريق بين الوالد وولده في البيع إلا بعد البلوغ على إحدى الروايتين (والثاني) أن الولد تابع لوالده وله كسبه وعليه نفقته فصار في معنى الولد فلم يجز التفريق بينهما على الرواية الأخرى يحتمل أن يجوز بيعه بعد البلوغ لانه محل البيع صدر فيه التصرف من اهله ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لوالده كسبه وعليه نفقته وأرض جنايته ويعتق بعتقه كما لو بيع مع والده

(فصل) وتصح الوصية لمكاتبه لانه مع سيده في المعاملة كالأجنبي ولذلك جاز دفع زكاته

أذن للمكاتب في التبرع ولائهما أو أذن له في الصدقة بشيء صح قبض المتصدق عليه له كذلك ههنا (وإثاني) لا يجوز وهذا اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي واختيار المازني لأن ما في يد المكاتب ملك له فلا يند أذن غيره فيه وإنما حق سيده في ذمته الأول أصح إن شاء الله تعالى لأن الحق لهم لا يخرج عنهم فإذا اتفقا على شيء فلا وجه للمنع وقولهم أنه ملك للمكاتب تعليق على الملة ضد ما تقتضيه لأن كونه ملكاً له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره وإنما المنع لتماق حق سيده به فإذا أذن زال المانع فصح التقييض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ثم يبطل لما ذكرنا من المسائل فلي هذا الوجه إذا دفع إلى أحدهما مال الكتابة بأذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لأنه استوفى حقه ويسري العتق إلى باقيه وعليه قيمة حصة شريكه لأن عتقه بسببه هذا قول الحنفي ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتباً مبقى على ما بقي عليه من كتابته وولاؤه كله له وما في يده من المال الذي لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه لأن نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ما عتق بالكتابة للعبد وحصة ما عتق بالسراية لسيده وعلى ما اخترناه يكون الباقي كله للعبد لأن الكسب كان ملكاً له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالاداء وقال أبو بكر والقاضي لا يسري العتق في الحال وإنما يسري عند عجزه فعلى قولهما يكون باقياً على الكتابة فإن أدى إلى الآخر عتق عليهما وولاؤه لهما وما بقي في يده من كسبه

إليه فإن قال ضموا عن مكاتبين بعض كتابته أو بعض ما عليه وضموا ما شاءوا قليلاً كان أو كثيراً وقد ذكرنا نحوه في الوصايا

﴿مسألة﴾ (وإن اشترى كل واحد من المكاتبين الآخرين صح شراء الأول وبطل شراء الثاني وسواء كانا لواحد أو لثنين)

لا خلاف في أن المكاتب يصح شراؤه للعبد والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا في الصحيح من المذهب فإذا اشترى أحدهما الآخر صح شراؤه وملكه لأن التصرف صدر من أهله في محله وسواء كانا مكاتبين لسيده واحد أو لثنين فإن عاد الثاني فاشترى الذي اشتراه لم يصح لأنه سيده وماله له وليس للمالك أن يملك ماله لأنه يفضي إلى تناقض الأحكام إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه أنا سيدك ولي عليك مال الكتابة تؤديه إلي وإن عجزت فلي فسخ كتابتك وردك إلي إن تكون رقيقاً وهذا تناقض وإذا تناقض بملك المرأة زوجها ملك اليمين لثبوت ماله في النكاح فهنا أولى ولأنه لو صح هذا لتقاصا الدينين إذا تساويا وعتقا جميعاً

إذا ثبت هذا فشراء الأول صحيح والبيع منه باق على كتابته فإن أدى عتق وولاؤه موقوف فإن أدى سيده كتابته كان الولاء له لأنه عتق مادائه إليه وإن عجز فولاؤه لسيده لأن العبد لا يثبت له ولأن السيد يأخذ ماله فكذلك حقوقه هذا مقتضى قول القاضي ومقتضى قول أبي بكر إن الولاء

فهو له وان عجز وفسخت كتابته قوم على الذي أدى اليه وكان ولاه جميعه له وتنسخ الكتابة في نصفه وان مات فقدمت ونصفه حر ونصفه رقيق ولسيده الذي لم يمتى نصيبه ان يأخذ ما خلفه مثل ما أخذ شريكه من مال الكتابة وله نصف ما يبقى والباقي لورثة العبد فان لم يكن له وارث من نسبه فهو للذي أدى اليه بالولاء وان قلنا لا يصح القبض فما أخذ القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب لانه لم يستوف عوضه ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبضه بغير اذنه سواء وان لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب اليه كتابته صح وعق عليها جميعاً وان مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه قد مات عبداً ويستوفي الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما اخذه صاحبه والباقي بينهما قال احمد في رواية بن منصور في عبد بين رجلين كاتباه فادى الى احدها كتابته ثم مات وهو يسمى للآخر لمن ميراثه قال احمد كما كسب العبد في كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما اخذ وميراثه بينهما قل ابن منصور قال اسحاق بن راهويه كما قال (فصل) وان عجز مكاتبها فلها الفسخ والامضاء فان فسحاً جميعاً او امضياً الكتابة جاز ما اتفقا عليه وان فسح احدهما وامضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقاً قنا ونصفه مكاتباً وقال القاضي تنسخ الكتابة في جميعه وهو مذهب الشافعي لان الكتابة لو بقيت في نصفه لعاد ملك الذي فسح الكتابة اليه ناقصاً

لسيده لان المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده ذكر ذلك فيما إذا اعتق باذن سيده او كاتب عبده فأدى كتابته وهذا نظيره ، ويحتمل ان يفرق بينها لكون المتق ثم باذن السيد فيحصل الانعام عنه باذنه فيه وههنا لا يفترق إلى اذنه فلا نعمة له عليه فلا يكون له عليه ولا مال لم يعجز سيده

﴿مسألة﴾ (فان لم يعلم السابق منها فسد البيعان)

وهذا قول أبي بكر ويرد كل واحد منهما الى كتابته لان كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد إلى اليقين وذكر القاضي انه يجري مجرى ما اذا زوج الوليان فأشكك الاول منهما فيقتضي هذا ان يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان ، وعلى قول أبي بكر لا يحتاج الى الفسخ لان النكاح انما احتيج فيه الى الفسخ من اجل المرأة فانها منكوبة نكاحاً صحيحاً لو احدى منهما يقيناً فلا يزول الا بفسخ وفي مسائلنا لم يثبت يقين البيع في واحد بعينه فلم يفترق الى فسخ

﴿مسألة﴾ (وان اسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأحب سيده اخذه بما اشتراه والا فهو

عند مشتره مبق على ما بقي من كتابته يعتق بالاداء وولاؤه له)

إذا اسر الكفار مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فان اخذ في الفناء فلم يخاله أو ادرك سيده قبل قسمه اخذه بغير شيء وهو على كتابته كن لم يؤسر وان لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض ائمة أو اشتراه رجل من الفتيمة قبل قسمه او من المشركين واخرجه الى سيده

وانما انها كتابة في ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الآخر كما لو انفرد بكتابه ولائهما عقدان .
 مفردان فلم ينفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع وما حصل من النقص لا يمنع لانه انما حصل ضمنا
 لتصرف الشريك في نصيبه فلم يمنع كاعتاق الشريك ولان من أصلنا انه تصح مكاتبه أحدهما نصيبه
 فاذا لم يمنع العقد في ابتدائه فلان يبطل في دوايه أولى ولان ضرره حصل بمقده وفسخه فلا يزول
 بفسخ غيره ولان في فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده وليس دفع الضرر عن الشريك الذي
 فسخ بأولى من دفع الضرر عن الذي لم يفسخ بل دفع الضرر عن الذي لم يفسخ أولى لوجوه ثلاثة
 (أحدها) ان ضرر الذي فسخ حصل ضمناً لبقاء عقد شريكه في ملك نفسه وضرر شريكه يزول عقده
 وفسخ تصرفه في ملكه (والثاني) ان ضرر الذي فسخ لم يعتبره الشرع في موضع ولا أصل لما
 ذكره من الحكم ولا يعرف له نظير فيكون بمنزلة المصلحة المرسلة التي وقع الاجماع على اطراحها
 وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقود من بيعه وهبته ورهنه وغير ذلك فيكون أولى (الثالث)
 ان ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر الفاسخ لا يتعداه ثم لو قدر تساوي
 المضررين لوجب ابقاء الحكم على ما كان عليه ولا يجوز احداث الفسخ من غير دليل راجح

فان السيد أحق به بالثمن الذي ابتاعه به وفيما إذا كان غنيمة رواية اخرى انه اذا قسم فلا حق لسيده
 فيه بحال فيخرج في المشتري مثل ذلك وعلى كل تقدير فان سيدة ان اخذه فهو مبقى على ما بقي
 من كتابته وان تركه فهو في يد مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالاداء في الموضعين ولاؤه
 لمن يؤدي اليه كما لو اشتراه من سيدة

وقال ابو حنيفة والشافعي لا يثبت عليه ملك للكفار ويرد الى سيدة بكل حال ووافق ابو حنيفة
 والشافعي في المكاتب والمدبر خاصة لانهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما فأشبهاهم الولد
 وقد تقدم الكلام في الدلالة على ان ما ادركه صاحبه مقسوما لا يستحق صاحبه أخذه بغير شيء
 وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب وفي ان المكاتب والمدبر يجوز بيعهما بما يعني عن اعادته ههنا
 (فصل) وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها عند الكفار ؟ على وجهين

(أحدهما) لا يحتسب عليه بها لان الكتابة اقتضت تمكنه من التصرف والكسب في هذه المدة
 فاذا لم يحصل ذلك لم يحتسب كما لو حبسه سيدة فعلى هذا يبني على ما مضى من المدة قبل الاسر
 وتلقى مدة الاسر كأنها لم توجد

(والثاني) يحتسب عليه بها لانها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيدة فاحتسب عليه
 بها كرضه ولانه مدين مضت مدة من اجل دينه في حبسه فاحتسب عليه كسائر الغرماء وفارق ما
 إذا حبسه سيدة بما ذكرناه فعلى هذا اذا حل عليه نجح عند استنقاذه جازت مطالبة به وان حل ما
 يجوز تعجيله بترك ادائه فلسيده تعجيله وردء الى الرق وهل له ذلك بنفسه او يحكم الحاكم ؟ فيه وجهان

(مسئلة) قال (واذا عتق المكاتب استقبل بما في يده من المال حولاً ثم زكاه ان كان نصاباً)

وجملته ان المكاتب لازكاة عليه بلا خلاف فعليه فاذا عتق صار من أهل الزكاة حينئذ فيبتديء حول الزكاة من يوم عتق فاذا تم الحول وجبت الزكاة ان كان نصاباً وان لم يكن نصاباً فلا شيء فيه ويصير هذا كالكافر إذا أسلم وفي يده مال زكوي يبلغ نصاباً فانه يستقبل به حولاً من حين أسلم لانه صار حينئذ من أهل الزكاة وكذلك العبد إذا عتق وفي يده مال أبقاه له سيده

(مسئلة) قال (واذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر عجزه السيد ان أحب وعاد عبداً غير مكاتب)

وجملته ان الكتابة عقد لازم لا يملك السيد فسخها قبل عجز المكاتب بغير خلاف فعليه وايس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم لانه ان ثبت في العقد مؤجلاً وإذا حل النجم فالسيد مطالبة بما حل من نجومه لانهم دين له حل فأشبه دينه على الاجنبي وله الصبر عليه وتأخير به سواء كان قادراً على الاداء او عاجزاً عنه لانه حق له سماع بما خبره أشبه دينه على الاجنبي فان أخار الصبر

(احدهما) له ذلك لانه تعذر عليه الوصول الى المال في وقته اشبه ما لو كان حاضراً والمال غائباً يتعذر احضاره وادائه في مدة قريبة كان لسيد الفسخ والمال ههنا اما معدوم واما غائب يتعذر ادائه وفي كلا الحالتين يجوز الفسخ (والثاني) ليس له ذلك الا بحكم الحاكم لانه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث هل له مال أم لا؟ وليس كذلك اذا كان حاضراً فانه يطالبه فان أدى والا فقد عجز نفسه فان فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خلس المكاتب وادعى ان له مالاً في وقت الفسخ بقي بما عليه واقام بذلك بينة بطل الفسخ ويحتمل ان لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه ادائه لانه اذا كان متعبر الاداء كان وجوده كعدمه

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه وان جنى على سيده او اجنبي فعليه فداء نفسه مقدماً على الكتابة وقال ابو بكر بن حبان

وجملة ذلك ان المكاتب اذا جنى جنابة موجبة للمال تعلق ارشها برقبته ويؤدي من المال الذي في يده وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والاوزاعي ومالك والسنن بن صالح والشافعي وابو ثور وقال عطاء والنخعي وعمرو بن دينار جنائته على سيده وقال عطاء ويرجع سيده بها عليه وقال الزهري اذا قتل رجلاً خطأ كانت كتابته وولاؤه لولي المقتول الا ان يفديه سيده

ولنا قول النبي ﷺ « لا يجني جن إلا على نفسه » ولانها جنابة عبد فلم نجبي في ذمة سيده كالتن

عليه لم يملك العبد الفسخ بعير خلاف نعلمه قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن الم كاتب إذا حل عليه نجم أو نجمان أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبة وتركه بحاله أن الكتابة لا تنسخ مادام ثابتين على العقد الأول فإن أجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل كالقرض وإن حل عليه نجمان فمجز عنهما فاختر السيد فسخ كتابته ورده إلى الرق فله ذلك بعير حضور حاكم ولا سلطان ولا تلزمه الاستابة فعل ذلك ابن عمر وهو قول شريح والنخعي وأبي حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى لا يكون عجزه إلا عند قاض وحكي نحوه هذا عن مالك وقال الحسن إذا عجز استؤني بعد المعجز سنتين وقال الأوزاعي شهرين ونحو ذلك

ولنا ما روى سعيد بإسناده عن ابن عمر أنه كاتب غلاماً له على ألف دينار فأدى إليه تسعة دنانير وعجزه عن مائة دينار فردّه إلى الرق . بإسناده عن عطية العوفي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفاً فأدى عشرة آلاف ثم أتاه فقال أتي قد طفت العراق والحجاز فردني في الرق فردّه وروى عنه أنه كاتب عبداً له على ثلاثين ألفاً فقال له أنا عاجز فقال له امح كتابتك فقال امح أنت ، وروى سعيد بإسناده عن عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ خطب فقال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فمجز عن عشر أواق فهو رقيق » ولأنه عقد عجز عن

إذا ثبت هذا فإنه يبدأ بأداء الجناية قبل الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل نص عليه أحمد وهو المعمول به في المذهب وذكر أبو بكر قولاً آخران السيد يشارك ولي الجناية فيضرب بما حل من نجوم كتابته لأنهما دينان فيتنحضان قياساً على سائر الديون

ولنا أن أرش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حق المالك وحق المهرن وغيرهما فوجب أن تقدم ههنا . بحقته أن ملك الكتابة مقدم على ملك السيد في عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الأولى لأن الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ودين الكتابة غير مستقر فاذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى . إذا ثبت هذا فإنه يفدي نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنائته لأنه إن كان أرش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنائته وهو أرشها ، وإن كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته لأنه لا يلزمه أكثر من بدل الحمل الذي تعلق به الأرض فإن بدأ بدفع المال إلى ولي الجناية فوفى بأرش الجناية والأباع الحاكم منه بما بقي من أرشها وبأقيه باق على كتابته وإن اختار السيد الفسخ فله ذلك ويعود عبداً فتنافس بينهما المشتري وإن أبقاء السيد على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق إلى باقيه إن كان الم كاتب موسراً ويقوم عليه وإن كان معسراً عتق منه ما عتق وباقيه رقيق فإن لم يكن في يده مال ولم يف بالجناية إلا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته

عوضه فملك مستحقه فسخره كالسلم اذا تمذر المسلم فيه ولانه فسح عقد مجمع عليه فلم يفتقر الى الحاكم كفسخ المعتقة تحت العبد فان قيل فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد؟ قلنا هي لازمة من جهة الطرفين ولا يملك العبد فسخرها بحال وانما له أن يعجز نفسه ويمتنع من الكسب وانما كان له ذلك لوجهين (أحدهما) ان الكتابة تتضمن اعتاقا بصفة ومن علق عتق عبده بصفة لم يملك ابطالها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الاثيان بالصفة ولا يحجر عليها (الثاني) ان الكتابة لحظ العبد دون سيده وكان المقدم لازماً ان ألزم نفسه حظ غيره وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئاً أو كفّل له أو زعم عنده رهناً

(فصل) فاما ان حل نجم واحد فمعجز عن أدائه فظاهر كلام الخرقى انه ليس للسيد الفسخ حتى يحل نجمان قبل ادائهما وهي إحدى الروايتين عن احمد قال القاضي وهو ظاهر كلام أصحابنا وروى ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الحكم وابن ابي ليلى وابي يوسف والحسن بن صالح وقال ابن ابي موسى : وروى عن احمد انه لا يعود رقياً حتى يقول قد عجزت وقيل عنه اذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد إلى الرق واتبع ما بقي (والرواية الثانية) انه اذا عجز عن نجم واحد فليس له فسخ الكتابة وهو قول الحارث المكي

(فصل) وان بدأ بدفع المال الى سيده وكان ولي الجناية سأل الحاكم فحجر على الم كاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه الى الحاكم فلا يصح دفعه الى سيده ويرتفع الحاكم ويسلمه الى ولي الجناية فان وفي والا كان الحكم فيه على ما ذكرنا من قبل وان لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه الى السيد لانه يقضي حقاً عليه فجاز كما لو قضي به من غرمائه قبل الحجر عليه فان كان مادفعه اليه جميع مال الكتابة عتق

﴿ مسألة ﴾ (وعليه فداء نفسه ويكون الارش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق ويفديه بأقل الامر من قيمته او ارش جنائته) لانه لا يلزم اكثر مما كان واجباً عليه بالجناية فان اعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لانه أثلت محل الاستحقاق فأشبه ما لو قتله

﴿ مسألة ﴾ (وان عجز فليس له تعجيزه ويفديه أيضاً بما ذكرناه وقل أبو بكر فيه رواية أخرى انه يفديه بارش الجناية بالغة ما بلغت)

لانه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب باكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باعتاقه (فصل) فان كانت الجناية على سيده فبإدائه النفس فليس له خصمه فيها فان كانت موجبة للقصاص فليس له القصاص كما يجب على عبده اتقن لان القصاص يجب للزجر فيحتاج اليه العبد في حق سيده (المغني والشرح الكبير) (٥٣) (الجزء الثاني عشر)

وابي حنيفة والشافعي لان السيد دخل على ان يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع اليه المال في نجومه فاذا لم يسلم له لم يلزمه عتقه ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، ولانه عجز عن اداء النجم في وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الاخير

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه انه قل لا يرد المكاتب في الرق حتى يتوالى عليه نجمان ولان نابين النجمين محل لاداء الاول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثاني

(فصل) واذا حل النجم وماله حاضر عنده طواب اداؤه ولم يجز الفسخ قبل الطلب كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب فن طلب منه فذكر انه غائب عن المجلس في ناحية من نواحي البلد أو قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة يمكن احضاره قريباً لم يجز فسخ الكتابة وأمهل بقدر ما ياتي به اذا طلب الامهال لان هذا يسير لا ضرر فيه وإن كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الامهال ليبيعه بجنس مال الكتابة أمهل وإن كان المال غائباً أكثر من مسافة القصر لم يلزم الامهال وهذا قول الشافعي

وقل ابو حنيفة إن كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استؤني يومين وثلاثة لا يزيد على ذلك لان اثلاثة آخر حد القلة وقرب لما يينا فيما مضى وما زاد عليها في حد الكثرة وهذا كله قريب بعضه من بعض فاما اذا كان قادراً على الااء واجدا لما يؤديه فامتنع من اداؤه وقول قد عجزت

وان عفا على مال أو كانت موجبة للار وجب له لان المكاتب مع سيده كالاجنبي يصح أن يبايعه ويثبت له في ذمته المال والحقوق كذلك الجاية ويفدي نفسه بأقل الامرين كالجنانية على الاجنبي وعنه يفديه بارش الجنانية كله وفي ما في يده بما عليه فليسيده مطابته به وان لم يف به فليسيده تعجيزه فاذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وارش الجنانية وعاد عبداً فناً ولا يثبت للسيد على عبده القن مال وان اعتقه سيده ولا مال في يده سقط الارش لانه متعلق برقبة وقد أتلفها وان كان في يده مال لم يسقط لان الحق كان متعلقاً بالذمة وما في يده من المال فاذا تلفت الرقبة بقي الحق متعلقاً بالمال فاستوفي منه كما لو عتق بالاداء وهل يجب أقل الامرين أو ارش الجنانية كله؟ على وجهين ويستحق السيد مطالبة بارش الجنانية قبل اداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل في حق الاجنبي وان اختلف تأخير الارش والبداية بقبض مال الكتابة جاز ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله وقال أبو بكر لا يعتق بالاداء قبل ارش الجنانية لوجوب تقديمه على مال الكتابة.

ولنا ان الحقين جميعا للسيد فاذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز لان الحق لهما لا يخرج عنها ولانه لو بدأ باداء مال الكتابة في حق الاجنبي عتق ففي حق السيد أولى ولان ارش الجنانية لا يلزم اداؤه قبل اندمال الجرح فيمكن تقديم وجوب الاداء عليه إذا ثبت هذا فانه اذا أدى عتق ويلزمه ارش الجنانية سواء كان في يده مال أو لم يكن لان عتقه بسبب من جهة فلم يسقط ما عليه بخلاف ما

فقال الشريف ابو جعفر وجماعة من اصحابنا المتأخرين يملك السيد فسخ الكتابة وهو ظاهر كلام الخرقى لقوله اذا حل نجم فلم يؤده حتى حل نجم آخر عجزه السيد ان أحب فعلق جواز الفسخ على عدم الاداء وهذا مذهب الشافعي

وقل ابو بكر بن جعفر ليس له ذلك ونجبر على تسليم العوض وهو قول ابي حنيفة ومالك والاوزاعي وقد ذكرنا هذا فيما تقدم فاما ان كان قادراً على اداء المال كله ففيه رواية أخرى انه يصير حراً بملك ما يؤدي وقد سبق ذكرها

(فصل) واذا حل النجم والمكاتب غائب بغير اذن سيده فله الفسخ وان كان سافر باذنه لم يكن له أن يفسخ لانه اذن في السفر المانع من الاداء. واكن يرفع أمره الى الحاكم ويثبت عنده حلول مال الكتابة ليكتب الحاكم الى المكاتب فيعلم بما ثبت عنده فان كان عاجزاً عن اداء المال كتب بذلك إلى الحاكم المكاتب ليكمل السيد فسخ الكتابة وإن كان قادراً على الاداء طالبه بالخروج إلى البلد الذي فيه السيد ليؤدي مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك فان فعله في أول حال الامكان عند خروج القافلة ان كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ وإن أخره عن حال الامكان ومضى زمن السير ثبت للسيد خيار الفسخ فان وكل السيد في بلد المكاتب من يقبض منه مال الكتابة لزمه الدفع اليه فان امتنع من الدفع ثبت للسيد خيار الفسخ وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع

إذا اعتقه سيده. فانه اتاف محل حقه بخلاف هذا وهل يلزمه اقل الامرين أو جميع الارش؟ على وجهين وان كانت جنايته على نفس سيده فلورثته القصاص في العمد والعفو على مال وفي الخطأ المال وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه لان الكتابة انتقلت اليهم واليد لو عادتنا كان لهم وان جنى على موروث سيده فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على مامضى

(فصل) وان جنى المكاتب جنايات تعاقبت برد رقبته واستوى الاول والاخر في الاستيفاء ولم يقدم الاول على الثاني ان كانت موجبة للمال لانها تعلق بمحل واحد وكذا ان كان بعضها في حل كتابته وبعضها بعد تعجزه فهي سواء ويتعلق جميعها بالرقبة فان كان فيها ما يوجب القصاص فلولي الجناية استيفاءه وتبطل حقوق الآخرين فان عفا الى مال صار حكمه حكم الجناية الموجبة للمال فان أبرأه بعضهم استوفى الباقي لان حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فاذا اجتمعوا تزاحموا فاذا أبرأه بعضهم سقط حقه وتزاحم الباقي كما لو انفردوا كما في الوصايا وديون البيت فان ادعى وعقق فالضمان اعليه وان اعتقه سيده فعليه الضمان وأيهما ضمن فلو اوجب عليه قتل الامرين كما ذكرنا في الجناية الواحدة ولانه لو عجزه الزمنا وعادتنا بيع وتخاصوا في ثمنه كذلك ههنا فاما ان عجزه سيده وعادتنا خير بين فدائه وتسليمه فان اختار فدائه فداء باقل الامرين كما لو اعتقه او قتله

المكاتب من الدفع اليه جاز وله الفسخ اذا ثبتت وكالته بيينة بحيث يأمن المكاتب انكار السيد وكالته وإن لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع اليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ لانه لا يأمن أن يسلم اليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال وسواء صدقه في انه وكيل أو كذبه وإن كتب حاكم البلد الذي فيه السيد الى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك لان هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه فان الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد فان اختار القبض جري مجرى الوكيل ومتى قبض منه المال عتق

(فصل) قال واذا دفع الموض في الكتابة فبان مستحقاً تبين انه لم يعتق وكان هذا الدفع كعلمه لانه لم يؤد الواجب عليه وقيل له ان أدبت الآن وإلا فسخت كتابتك وإن كان قد مات بعد الاداء فقد مات عبداً أن بان معيماً مثل أن كاتبه على عروض موصوفة قبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها نظرت فان كان قدرضي بذلك وأمسكها استقر العتق فان قيل كيف يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد ؟ فان ما يقابل العيب لم يقبضه فأشبهه ما لو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة قلنا امسا كه العيب راضياً به رضا منه باسقاط حقه فجري مجرى ابرائه من بقية كتابته وإن اختار امسا كه وأخذ أورش العيب وأورده فله ذلك قال ابو بكر وقياس قول احمد رحمه الله أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الارش لان العتق اتلاف واستهلاك فاذا حكم بوقوعه لم يبطل كعتق الخلع ولانه ليس المقصود منه ائزال فأبى الخلع

وفيه رواية اخرى أنه يلزمه أورش الجناية كله لانه لو سلمه احتمل ان يرغب فيه راغب باكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باختيازه امسا كه فكان عليه جميع الارش وبما راق ما إذا اعتقه أو قتله لان المحل تلف فتعذر تسليمه فلم يجب أكثر من قيمته والمحل ههنا باق يمكن تسليمه ويبيعه وقد ذكرناه فان أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيله أو اعتقه فنيما تندى به نفسه وجهان بناء على ما اذا عجزه سيده والله أعلم

(مسئلة) وان لزمته ديون تعلقت بذمته بيع بها بعد العتق

إذا اجتمع على المكاتب ثمن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفي يده ما يفي بها فله أدائها ويبدأ بابها شاء كالحرق وان لم يفي بها ما في يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحرق وان كان فيها مؤجل فعجله بغير إذن سيده لم يجوز لان تعجيله تبرع فلم يجوز بغير إذن سيده كالهبة وان كان باذن سيده جاز كالهبة وان كان التمتع للسيد فقبوله بمنزلة اذنه وان كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر الى الحاكم وانما يحجر عليه بسؤالهم فان حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح لان الحق لهم فلا يستوفى بغير اذنهم وان سأله سيده الحجر عليه لم يجبه الى ذلك لان حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله واذا حجر عليه بسؤال الغرماء فقال القاضي عندي انه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض يسوي بينهما ويقدمهما على ارض الجناية ومال الكتابة لان ارض الجناية بحله الرقة فاذا لم يحصل مما في يده استوفى من رقبته

وقال القاضي يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لان العتق اما استمر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء فارتفع العتق وهذا مذهب الشافعي لان الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب إن يفسخ بوجود العيب كالمبيع ، وإن اختار امساكه وأخذ الارش فله ذلك وتبين ان العتق لم يقع ولاننا تبينا ان ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ذلك وظن وقوع العتق لا يوقعه إذا بان الامر بخلافه كما لو بان العوض مستحقا، وإن تلفت العين عند السيد او حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتناع العتق على ما ذكرناه فيما مضى ولو قال السيد لعبده ان أعطيتني عبداً فأنت حر فأعطاه عبداً فبان حراً أو مستحقاً لم يعتق بذلك لان معناه ان أعطيتك ملكا ولم يهطله إياه ملكا ولم يملكه إياه

(فصل) وإذا دفع اليه مال الكتابة ظاهراً فقال له السيد أنت حر ثم بان العوض مستحقاً لم يعتق بذلك لان ظاهره الاخبار عما حصل له بالاداء ولو ادعى الم كاتب أن سيده قصد بذلك عتقه وأذكر السيد قال قول السيد مع يمينه لان الظاهر منه وهو أخبر بما نوى

(مسئلة) قال (وما قبض من نجوم كتابته استقبل بركاته حولا)

وجعلته أن ما يأخذه من نجوم كتابته كالاستفاده بكسب أو غيره فيملكه بأخذه ويستقبل به حولا لانه

وهذا مذهب الشافعي وقد ذكرنا أن اصحابنا والشافعي اتفقوا على تقديم ارش الجناية على مال الكتابة فيما مضى وإذا لم يحجر عليه ودفع إلى السيد مال الكتابة عتق وبقية الديون في ذمته يتبع بها بعد العتق لانه صار حراً فهو كالأحرار ولان المداين رضي بذمته حين أدائه فكان له ما رضي به كالحرة.

(فصل) وإذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية توجب القصاص فلم يجز عليه الخيار بين القصاص والمال فان اختار المال أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد أو اتلاف مال تعلق ارشها برقبته والمكاتب فداؤه باقل الاسرين من قيمته أو ارش جنائته لانه بمنزلة شرائه وليس له فداؤه بأكثر من قيمته كما لا يجوز له أن يشتريه بذلك الا ان يأذن فيه سيده فان كان الارش اقل من قيمته لم يكن له تسليمه لانه تبرع بالزائد وان زاد الارش على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه باقل الاسرين؟ على روايتين :

(فصل) فان ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوي رحمه المحرم أو ولد له ولد من أمته فجنى جناية تعلق ارشها برقبته فلملك المكاتب فداؤه بغير اذن سيده كما يفدي غيره من عبيده .

وقال القاضي في المجرى ليس له فداؤه بغير اذنه وهو مذهب الشافعي لانه اتلاف لاله فان ذوي رحمه ليسوا بماله ولا يتصرف فيهم فلم يجز له اخراج ماله في مقابلتهم ولا شرائهم كالتبرع ويذوق

لا يملك ما في يده مكاتبه ولهذا جرى الرأى بينهما ولا زكاة عليه في الدين الذي على المكاتب لأن ملكه عليه غير تام فوجب أن يستقبل بما يأخذه منه حولا كما لو أخذه من أجنبي

(مسئلة) قال (وإذا جنى المكاتب بدينه بجنايته قبل كتابته فإن عجز كان سيده مخيراً بين أن يفديه بقيمته إن كانت أقل من جنايته أو يسلمه)

وجملة ذلك أن المكاتب إذا جنى جنائياً موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ويؤدي من المال الذي في يده وبهذا قال الحسن والحكم وجماد ولاوزاعي ومالك والحسن بن صالح والشافعي وأبو ثور وقال عطاء والنخعي وعمرو بن دينار جنائبه على سيده قال عطاء ويرجع سيدها عليه وقال الزهري إذا قتل رجلاً خطأ كانت كتابته وولاؤه لولي المقتول إلا أن يفديه سيده

ولنا قول النبي ﷺ «لا يجني جان إلا على نفسه» ولأنها جنائية عبد فلم تجب في ذمة سيده كالقن إذا ثبت هذافانه يبدأ أداء الجناية قبل الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل وهذا المنصوص عليه عن أحمد والممول به في الذهبوذكر أبو بكر قولاً آخر أن السيد يشارك ولي الجاية فيضرب بقدر ما حل من نجوم كتابته لأنهما دينان فيتحاصان كسائر الديون

ولنا أن أرش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حق المالك

العبد الاجنبي فإنه ينتفع به وله صرفه في كتابته وكان له فداؤه وشرائه كسائر أمواله ولكن إن كان لهذا الجاني كسب فدي منه وإن لم يكن له كسب بيع في الجناية إن استغرقت قيمته وإن لم تستغرقها بيع بفضه فيها وما بقي للمكاتب

ولنا أنه عبد له حي فلك فداءه كسائر عبيده ولا نسلم أنه لا يملك شراءه وقولهم لا يتصرف فيه قلنا إلا أن كسبه له فإن عجز المكاتب صار رقيقاً معه لسيدته وإن أدى المكاتب لم يتضرر السيد بمقتهم وانتفع به المكاتب وإذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب أن لا يمنع منه وفارق التبرع فإنه يفوت المال على السيد فإن قيل فيه ضرر وهو منعه من أداء الكتابة فإنه إذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه في الكتابة عجز عنها قلنا هذا الضرر لا يمنع للمكاتب منه بدليل ما لو ترك الكسب مع إمكانه أو امتنع من الأداء مع قدرته عليه فإنه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا أداء فكذلك لا يمنع مما هو في مناهه ولا مما يفضي إليه ولأن غاية الضرر في هذا المنع من أتمام الكتابة وليس أتمامها واجباً عليه فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لو جهين

(أحدهما) أن هذا فيه نفع للسيد أصير ثم عبيداً له (وإثاني) أن فيه نفعاً للمكاتب باعتاق ولد وذوي رحمه ونفعهم بالاعتاق على تقدير الأداء فإذا لم يمنع مما يساويه في المضرة من غير نفع فيه فلا يمنع مما فيه نفع لازم لأحدى الجهتين أولى وولد المكاتب يدخل في كتابتها والحكم في جنايته كالحكم في ولد المكاتب سواء

وحق المرتين وغيرهما فوجب ان يقدم ههنا بحقه ان أرش جنائته مقدم على ملك السيد في عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الاولى لان الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً حودين الكتابة غير مستقر فاذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى لان أرش الجناية مستقر فيجب تقديمه على الكتابة التي ليست مستقرة. اذ ثبت هذا فانه يفدي نفسه باقل الامرين من قيمته او أرش جنائته لانه ان كان أرش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنائته وهو أرشها وان كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته لانه لا يلزمه أكثر من بدل المحل الذي تعلق به الارش فان بدأ بدفع المال الى ولي الجناية فوفى بما يلزمه من أرش الجناية والا باع الحاكم منه بما بقي من أرش الجناية وباقيه باق على كتابته وان اختار الفسخ فله ذلك ويعود عبداً غير مكاتب مشترك بين السيد وبين المشتري فان أبقاه على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق الى باقيه إن كان المكاتب مومراً ويؤم عليه وان كان مفسراً عتق منه ما عتق وباقيه رقيق وان لم يكن في يده مال ولم يف بالجناية الا قيمته كلها بيم كله فيها وبطلت كتابته وان بدأ بدفع المال الى سيده نظرنا فان كان ولي الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه الى الحاكم فلا يصح دفعه الى سيده ويرجمه الحاكم ويدفعه الى ولي الجناية فان وفى والا كان الحاكم فيه على ما ذكرنا من قبل وان لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه الى سيده لانه يقضي حقاً عليه فجاز كمالو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه ثم ان كان مادفعه اليه جميع مال الكتابة

(فصل) وان جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جناية موجبا للمال لم يثبت لها حكم لانه لا يجب السيد على عبده مال وان كان موجبا القصاص قتال أبو بكر ليس له القصاص لانه اتلاف لما له باختياره وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وذكره أبو الخطاب في ردوس المسائل ، وقال القاضي له القصاص لانه من مصلحة ملكه فانه لو لم يقتص لأفضى الى إقدام بعضهم على بعض وليس له المفعول على مال لما ذكرنا ولا يجوز بيعه في أرش الجناية لان الارش لا يثبت له في رقبة عبده فان كان الجناني من عبيده ابنه لم يجز بيعه لذلك . وقال اصحاب الشافعي يجوز بيعه في أحد الوجهين لانه لا يملك بيعه قبل جنائته فيستفيد بالجناية ملك بيعه .

ولنا انه عبده فلم يجب له عليه أرش كالأجنبي وما ذكره ينتقض بالرهن اذا جنى على رهنه (فصل) فان جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبا للمال كانت هدرًا لما ذكرنا وان كان موجبا القصاص فله ان يقتص فيما دون النفس لان العبد يقتص منه لسيده وان عتق على مال سقط القصاص ولم يجب المال فان كان الجناني أباه لم يقتص منه لان الوالد لا يقتل بولده وان جنى المكاتب عليه لم يقتص منه لان السيد لا يقتص منه لعبده وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يقتص منه لان حكم الاب معه حكم الاحرار بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حرية موقوفة على حرية قال القاضي ولا نعلم موضعاً يقتص فيه المملوك من ماله غير هذا الموضع

عتق ويكون الارش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق وهو أقل الامرين من قيمته أو ارش جنائياته لأنه لا يلزمه أكثر مما كان واجباً بالجنائية وان اعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لأنه أتلف محل الاستحقاق فكان عليه فداؤه كالموتله وان عجز ففسخ السيد كتابته فداؤه أيضاً بما ذكرناه وقال أبو بكر فيما إذا فداه سيده قولان يعني روايتين (أحدهما) يفديه بأقل الامرين (والثانية) يفديه بأرث جنائياته بالغة ما بلغت (فصل) وإذا جنى المكاتب جنائيات تعلقت برقبته واستوى الاول والآخر في الاستيفاء ولم يقدم الاول على الثاني لأنها تعلقت بمحل واحد وكذا ان كان بعضها في حل كتابته وبعضها بعد تمجيذه فهي سواء ويتعلق جميعها بالرقبة فان كان فيها ما يوجب التقصاص فلولي الجنائية استيفاءه وتبطل حقه الآخرين وان عفا الى مال صار حكمه حكم الجناية للوجبة للمال فان أبرأه بعضهم استوفى الباقيون لان حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فاذا اجتمعوا تزاخروا فاذا أبرأه بعضهم سقط حقه وتزاخم الباقيون كالموتله فانفردوا كما في الرصايا وان أدى وعتق فضمن عليه وان عتقه سيده فالضمان عليه وأيهما ضمن فلو اوجب عليه أقل الامرين كما ذكرنا في الجناية الواحدة ولأنه لو عجزه الغرماء وعاد قنا بيع وتمحصوا في ثمنه كذلك ههنا فاما ان عجزه سيده فعاد قنا خير بين فدائه وتسليمه فان اختار فداؤه ففيه روايتان :

(فصل) وان جنى على المكاتب فيما دون النفس فأرث الجنائية له دون سيده لثلاثة معان (أحدها) ان كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه (والثاني) ان المكاتبه تستحق المهر في النكاح لتعلقه بمضو من أعضائها كذلك بدل المضو (الثالث) ان السيد أخذ مال الكتابة بدلا عن نفس المكاتب فلا يجوز ان يستحق عنه عوضاً آخر ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) ان يكون الجنائي سيده فلا قصاص عليه لامرئ (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد (والثاني) أنه مذكور ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الارش اذا اندمل الجرح على ما يذكر في الجنائيات ولأنه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته الى نفسه فيسقط أرشه فاذا ثبت هذا فسرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتله فان اندمل للجرح وجب له أرشه على سيده ويتقاصان ان كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم وان كان من غير جنس مال الكتابة أو لم يحل عليه نجم لم يتقاصا ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه فان اتفقا على ان يجعل احدهما عوضاً عن الآخر وكانا من جنسين لم يجوز لانه بيع دين بدين فان قبض أحدهما حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن حقه جاز وان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة

(أحدهما) يفديه بأقل الأمرين كما لو أعتقه أو قتله (وإثانية) يلزمه أرش الجنائيات كلها بالغة ما بلغت لانه لو سلمه احتمل ان يرغب فيه راغب بأكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باختيار امساكه فكان عليه جميع الارش ويمارق ما إذا اعتقه أو قتله لان المحل فيهما تلفت ماليته فلم يمكن تسليمه ولم يجب أكثر من قيمته والمحل باق وههنا يمكن تسليمه وبيعه وان أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجزه أو عنقه ففيه روايتان : (أحدهما) يفدي نفسه بأقل الأمرين (وإثاني) بأرش الجنائيات بالغة ما بلغت لان محل الارش قتم غير تالف ويمكن تعجزه نفسه في كل جنائية يباع فيها فأشبهه ما لو عجزه سيده

(فصل) وان جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس فليس له خصمه فيها فان كانت موجبة للقصاص وجب كما يجب على عبده القن لان قصاص يجب للزجر فيحتاج اليه العبد في حق سيده وان عفا على مال أو كانت موجبة للمال ابتداء وجب له لان المكاتب مع سيده كالأجنبي يصح ان يبايعه ويثبت له في ذمته الدل والحقوق كذلك الجنائية ويفدى نفسه بأقل الأمرين في احدى الروايتين والاخرى يفديها بأرش الجنائية بالغة ما بلغت فان وفى مافي يده بما عليه لم يسد مطالبته وأخذ وان لم يف به فليس له تعجزه فاذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وأرش الجنائية لانه عاد عبداً

(الحال الثانية) اذا كان الجاني أجنبياً حراً فلا قصاص ولا يقتل بالعبد فان سرى الجرح الى نفسه انفسخت كتابته وعلى الجاني قيمته لسيده وان اندمل الجرح فعليه أرشه له فان أدى الكتابة وعتن ثم سرى الجرح الى نفسه وجبت دية لان اعتبار الضمان بحالة استقرار ويكون ذلك لورثته فان كان الجاني السيد أو غيره من ورثته لم يرث منه شيئاً لان القاتل لا يرث ويكون لبيت المال ان لم يكن له وارث ومن اعتبر الجنائية بحالة ابتداءها أوجب على الجاني قيمته ويكون أيضاً لورثته

(الحال الثالثة) اذا كان الجاني عبداً أو مكاتباً فان كان موجب الجنائية القصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيده بالخيار بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقة الجاني وان كانت فيما دون النفس كقطع يده فللمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه كما ان الرضى يقتض ولا يعترض عليه ورثته والمفلس يقتض ولا يعترض عليه غرماؤه وان عفا على مال ثبت له وان عفا مطلقاً أنبنى على الروايتين في موجب العمد وان قلنا موجب القصاص عيناً صح ولم يثبت له مال وليس لسيده مطالبته باشتراط مال لان ذلك تكسب ولا يملك اجباره على الكسب وان قلنا الواجب أحد أمرين ثبت له دية الجرح لانه لما ثبت القصاص تعين المال ولا يصح عفو عن المال لانه لا يملك ابتزاعه بغير إذن سيده وان صالح على بعض الارش فحكمه حكم العفو الى غير مال

(فصل) وإذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنائيات ولم يكن ملك ما يؤدي في كتابته

قنا ولا يثبت للسيد على عبده القن مال وان اعتقه سيده ولا مال في يده سقط الارش لانه كان متعلقا برقبته وقد أنلفها فسقط وان كان في يده مال لم يسقط لان الحق كان متعلقا بالذمة وما في يده من المال فاذا تلفت الرقبة بقي الحق متعلقا بالمال فاستوفي منه كما لو عتق بالاداء وهل يجب اقل الامرين أو أرش الجناية كله ؟ على وجهين ويستحق السيد مطالبة بارش الجناية قبل أداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل في حق الاجنبي وان اختار تأخير الارش والبداية بقبض مال الكتابة جز وعتق إذا قبض مال الكتابة كله وقل ابو بكر لا يعتق بالاداء قبل ارش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة

ولنا أن الحقين جميعاً للسيد فإذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز لان الحق لها لا يخرج عنها ولأنه لو بدأ بأداء الكتابة قبل ارش لجناية في حق الاجنبي عتق ففي حق السيد أولى ، ولان ارش الجناية لا يلزم ادائه قبل اندمال الجرح فيمكن تقديم وجوب الاداء عليه فاذا ثبت هذا فانه إذا أدى عتق ويلزمه ارش الجناية سواء كان في يده مال أو لم يكن لان عتقه بسبب من جهة فلم يسقط ماعليه بخلاف ما إذا اعتقه سيده فانه أنلف محل حقه ودهنا بخلافه وهل يلزمه قتل الامرئين أو جميع الارش ؟ على وجهين

وإن كانت جنايته على نفس سيده فلورثته اقصاص في اعمد أو اءنو على مل وفي الخلع المأل وفيما يفتي به فقه روايتان وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه لان الكتابة انتفلت اليهم

انفسخت الكتابة وسقط ارش الجنايات لانها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفي ديونه مما كان في يده فان لم يف بها سقط الباقي قل أحمد ليس على سيده قضاء دينه هذا كان يسمى لنفسه وان كان قد ملك ما يؤدي في كتابته انبنى ذلك على الروايتين في عتق المكاتب بملك ما يؤديه وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك فتفسخ الكتابة أيضاً ويبدأ بقضاء الدين على ما ذكرنا في المل الاول وهذا قول زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشریح وعطاء وعمر بن دينار وأبي الزناد ومحيي الانصاري وربيعة والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي (والثانية) انه إذا ملك ما يؤدي صار حراً فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه روي نحو هذا عن شريح والنخعي والشمعي والحكم وحامد وابن أبي ليلى واثوري والحسن ابن صالح لانه دين حل فيضرب به كسائر الديون ويحجى على قول من قل ان الدين يحل بالموت ان يضرب بجميع مال الكتابة لانه قد حل بالموت والمذهب الاول الذي نقله الجماعة عن أحمد وقد روى سعيد في سننه ثنا هشيم ثنا منصور وسعيد عن قتادة قال ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب إذا مات وعليه دين وبقيته من مكانته فقلت ان شريحاً قضى ان مولاه يضرب مع الغرماء فقال سعيد خطأ شريح قضى زيد بالدين قبل الكتابة

فصل قال الشيخ رضي الله عنه (وهي عقد لازم من الطرفين لا بدخلمها خيار ولا يملك احدها فسخها

والعبد لو عاد قنأ لكان لهم ، وإن جنى على موروث سيده فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجنابة على سيده فيما دون النفس على مامضى

(فصل) وإن اجتمع على المكاتب أرش جنابة وثمن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفي يده مل يفي بها فله أن يؤديها ويبدأ بما شاء منها كالمر وإن لم يفي بها مافي يده وكلها حلة ولا يحجر الحاكم عليه لخصه بضمهم بالقضاء صح كالمر وإن كان فيها مؤجل فعجله بغير إذن سيده لم يجز لأن تعجيله تبرع فلم يجز بغير إذن سيده كالمطوعة وإن كان مؤجلاً لم يجز للسيد فتبوله بمنزلة اذنه وإن كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر إلى الحاكم وإنما يحجر عليه بسؤالهم فإن حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح لأن الحق لهم ولا يستوفي بغير اذنهم ، وإن سأله سيده الحجر عليه لم يجبه إلى ذلك لأن حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله فإذا حجر عليه بسؤال الغرماء فقال اقمضي عندي أنه يبدأ بقضاء ثمن البيع وعرض اقرض يسوي بينهما ريقدهما على أرش الجنابة ومال الكتابة لأن أرش الجنابة محل الرقة فإذا لم يحصل مما في يده استوفي من رقبته وهذا مذهب الشافعي واتفق أصحابه والشافعي على تقديم أرش الجنابة على مال الكتابة على مامضى بيانه

(فصل) وإذا جنى بعض عبيد المكاتب جنابة توجب اقصاص فلا مجني عليه الخيار بين اقصاص والمال فإن اختار المال أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد أو اتلاف مال تعلق ارشها

وجملة ذلك أن الكتابة عقد لازم من الطرفين لأنها عقد معاوضة أشبه عقد النكاح والبيع ولا يدخلها خيار لأن الخيار شرع لدفع الثمن عن المال والسيد دخل على بصيرة أن الحظ لعبده فلا معنى للخيار ولا يملك أحدهما فسخها قياساً على سائر العقود اللازمة وعنه أن العبد يملك ذلك وسنذكره ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل كسائر عقود المعاوضات

❖ مسألة ❖ (ولا تنفسخ بموت السيد لأنه لم يفي في ذلك خلافاً ولا تنفسخ بجنونه ولا الحجر عليه لأنه عقد لازم أشبه البيع)

❖ مسألة ❖ (ويعتق بالاداء إلى سيده وقد ذكرنا ذلك وبالاداء إلى الورثة)

لأنه انتقل اليهم مع بقاء الكتابة فهو كالاداء إلى موروثهم ويكون مقسوماً بينهم على قدر موارثهم كسائر ديونه فإذا كان له أولاد ذكر واثناث فلا ذكر مثل حظ الإناثين ولا يعتق حتى يؤدي إلى كل ذي حق حقه فإن أدى إلى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى إلى بعضهم فإن كان بعضهم غائباً وله وكيل دفع نصيبه إلى وكيله وإن لم يكن له وكيل دفع نصيبه إلى الحاكم واعتق وإن كان مولياً عليه دفع إلى وليه إما أبيه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه فإن كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع اليهما معاً وإن كان الوارث رشيداً قبض لنفسه ولا تصح الوصية لقبض له لأن الرشيد ولي نفسه وإن كان بعضهم رشيداً وبعضهم مولياً عليه فحكم كل واحد منهم حكمه

برقبته وللمكاتب فداؤه باقل الاسمين من قيمته أو ارش جنابته لانه بمنزلة شرائه وليس له فداؤه بأكثر من قيمته كما لا يجوز له أن يشتريه بذلك إلا أن يأذن فيه سيده فان كان الارش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه لأنه تبرع بالزيادة ، وإن زاد الارش على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه باقل الاسمين؟ على روايتين .

(فصل) فان ملك المكاتب ابنه أو بهن ذوي رحمه المحرم أو ولده ولد من أمته فجني جنابة تعلق ارشها برقبته وللمكاتب فداؤه بغير اذن سيده كما يفدي غيره من عبيده وقال القاضي في المجرى ليس له فداؤه بغير اذنه وهو مذهب الشافعي لانه اتلاف للماله فان ذوي رحمه ليسوا بماله ولا يتصرف فيهم فلم يجوز له اخراج ماله في مقابلاتهم ولان شرائهم كالتبرع ويقارق العبد الاجنبي فانه ينتفع به وله صرفه في كتابته فكان له فداؤه وشرائه كسائر الاموال لكن إن كان لهذا الجنتي كسب فدي منه وإن لم يكن له كسب مع في الجنابة ان استغرقت قيمته وإن لم تستغرقها بيع بعضه فيها وما بقي للمكاتب

ولنا انه عبد له جنى فذلك فداءه كسائر عبيده ولا نسلم انه لا يملك شرائه وقولهم لا يتصرف فيه قلنا إلا أن كسبه له ، وإن عجزه المكاتب صار رقيقاً معه لسيده وان أدى المكاتب لم يتضرر السيد بمقتهم وانتفع به المكاتب واذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب أن لا يمنع منه وفارق التبرع فانه

وانفرد فان إذن بعضهم في الاداء إلى الآخر وكان الذي اذن رشيماً فأدى إلى الآخر جميع حقه عتق نصيبه ولا يسري إلى نصيب شريكه ان كان معسراً ويسري إليه ان كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه كله كما لو كان بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه وهذا ظاهر كلام الحزقي وهو أحد قول الشافعي وقال اتقاضي لا يسري عتقه وان كان موسراً وهذا القول الثاني للشافعي وقال أبو حنيفة لا يمتنع إلا بقاء جميع مال الكتابة لانه أدى بعض مال الكتابة فشب ما واداه إلى السيد فان أبرأه من مال الكتابة برى منه وعتق وان أبرأه بعضهم عتق نصيبه وكذلك ان اعتق نصيبه منه عتق والخلاف في هذا كله كالخلاف فيما إذا أدى إلى بعضهم باذن الآخر

ولنا على أنه يعتق نصيب من أبرأ من حقه عليه أو استوفى نصيبه باذن شركائه انه أبرأه من جميع ماله عليه فوجب ان يلحقه العتق كما لو أبرأ سيده من جميع مال الكتابة وفارق ما اذا أبرأ سيده من بعض مال الكتابة لانه ما أبرأه من جميع حقه

ولنا على سرية عتقه انه اعتاق لبعض العبد الذي يجوز اعتاقه من موسر جائز التصرف غير مجبور عليه فوجب ان يسري عتقه كما لو كان قنا ولانه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كحل الوفاق فان قيل في السرية اضرار بالشركاء لانه قد يعجز فيرد إلى الرق قلنا اذا كان العتق في محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذي لا كتابة فيه فلان يزيل عرضية ذلك بطريق الاولى

يفوت المال على السيد فان قيل بل فيه مضرة وهو منعه من اداء الكتابة فانه اذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه في الكتابة عجز عنها قلنا هذا الضرر لا يمنع المكاتب منه بدليل ما لو ترك الكسب مع امكانه أو امتنع من الاداء مع قدرته عليه فإنه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا اداء فكذلك لا يمنع مما هو في معناه ولا مما يفضي اليه ولان غاية الضرر في هذا المنع من اتمام الكتابة وليس اتمامها واجباً عليه فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين

(أحدهما) ان هذا فيه نفع للسيد لمصيرهم عبيداً له (والثاني) أن فيه نفعاً للمكاتب باعتناق ولده وذوي رحمه ونفعهم بالاعتناق على تقدير الاداء فاذا لم يمنع مما يساويه في المضرة من غير نفع فيه فلا أن لا يمنع مما فيه نفع لازم لأحدى الجهتين أولى وولد المكاتب يدخل في كتابتها والحكم في جانيته كالحكم في ولد المكاتب سواء

(فصل) وان جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جناية موجبتها المال لم يثبت لها حكم لانه لا يجب للسيد على عبده مال وان كان موجبتها قصاصاً فقال ابو بكر ليس له القصاص لانه اتلاف لماله باختياره وهذا الذي ذكره ابو الخطاب في ردوس المسائل وقال القاضي له القصاص لانه من مصاحبة مملكته فانه لو لم يستوفه أفضى الى اقدام بعضهم على بعض وليس له العفو على مال لما ذكرنا ، ولا يجوز بيعه في أرش الجناية لان الارش لا يثبت له في رقبة عبده فان كان الجاني من عبيده ابنه لم

(فصل) وإذا عتق بالاداء الى الورثة فولاؤه لسيده في إحدى الروايتين وهو اختيار الخري في مختص به عصباته دون اصحاب الفروض وهذا قول اكثر الفقهاء واختاره ابو بكر ونقله إسحاق ابن منصور عن أحمد وإسحاق وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قل اختلف الناس في المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته قل بعض الناس الولاء للرجال والنساء وقال بعضهم لا ولا للنساء لان هذا إنما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كتبتن أو أعتقن والذي يئلب على انهن يرثن ولو عجز المكاتب بعد وفاة السيد رد رقيقاً ، وهذا قول طاوس والزهري لان المكاتب انتقل إلى الورثة بموت السيد بدليل انهم لو أعتقوه بعد عتقهم لكان ولاؤه لهم كما لو انتقل بالشراء ولانه يؤدي إلى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو أدى إلى المشتري ووجه الأول ان السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له كما لو أدى اليه ولان الورثة إنما ينتقل اليهم ما بقي للسيد وإنما بقي له دين في ذمة المكاتب والفرق بين الميراث والشراء أن السيد نقل حقه في البيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه والوارث يخلف الوروث ويقوم مقامه ويولي على موروثة ولا ينتقل اليه شيء أمكن بقاؤه لموروثة والولاء بما أمكن بقاؤه للموروثة فوجب أن لا ينتقل عنه وقد ذكرنا ذلك في باب الولاء (فصل) وان أعتقه الورثة صح عتقهم لانه ملك لهم فصاح عتقهم له ولأن السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم وولاؤه لهم لقول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن أعتق» وإن أعتق

يجز يبعه لذلك ، وقال أصحاب الشافعي يجوز بيعه في أحد الوجهين لانه لا يملك بيعه قبل جنائته فيستفيد بالجناية ملك بيعه

ولنا انه عبده فلم يجب له عليه أرش كلاجني وما ذكروه ينتقض بالرهن اذا جنى على راعته (فصل) وان جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبا للمال كانت هدرًا لما ذكرنا وان كان موجبها القصاص فله أن يقتص أن كان فيما دون النفس لان العبد يقتص منه لسيده وان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال فان كان الجاني أباه لم يقتص منه لان الوالد لا يقتل بولده وان جنى المكاتب عليه لم يقتص منه لان السيد لا يقتص منه لعبد وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يقتص منه لان حكم الاب معه حكم الأحرار بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حرية موقوفة على حرية قل ولا نعلم موضعاً يقتص فيه المملوك من مالكه سوى هذا الموضع

(فصل) وإذا جنى على المكاتب فيما دون النفس فارش الجناية له دون سيده لثلاثة ممان (أحدها) ان كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه (والتاني) ان المكتابة تستحق الظاهر في النكاح لتعلقه بهضوء من أعضائها كذلك بدل الضوء (والثالث) ان السيد يأخذ مال المكتابة بدلا عن نفس المكتابة فلا يجوز أن يستحق عنه عوضاً آخر ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون الجاني سيده فلا قصاص عليه لمعتنين (أحدها) أنه حر والمكاتب عبد

بعضهم نصيبه فعتق عليه كله بالسراية قوم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له وان لم يسر لكونه مسرراً أو لغير ذلك فله ولاء ما عتقه لا خبر ولا نة منم عليه فكان الولاء له كغير المكاتب وقل القاضي ان أعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد وان أعتق بعضهم لم يسر عتقه ثم ينظر فان أدى الى الباقي عتق كله وكان ولاؤه للسيد وان عجز فردوه الى الرق كان ولاء نصيب العتق له لانه اولا اعتاقه لهاد سهمه رقيقاً كسهم سائر الورثة فلما أعتقه كان هو النعم عليه فكان الولاء له دونهم فأما ان أبرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما اذا أدى اليهم لأن الأبراء جرى مجزى أداء ما عليه ويحتمل ان يكون الولاء لهم لانهم أنعموا عليه بما عتق به أشبه مالو أعتقوه وان أبرأه بعضهم من نصيبه كان في ولائه ما ذكرنا من الخلاف

(فصل) إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبهم لانهم يقومون مقام موروثهم وهو ملك يبعه وهبته كذلك ورثته ويكون عند المشتري الموهوب له مبق على ما بقي من كتابته ان عجز فعجزه عاد رقيقاً له ، وان أدى عتق وكان ولاؤه لمن يؤدي اليه على الرواية التي تقول إن ولاءه للورثة إذا أدى اليهم وأما على الرواية الاخرى فيحتمل أن لا يصح بيعه ولا هبته لان ذلك يقتضي ابطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كاتبه وليس ذلك للورثة ويحتمل أن يصح ويكون الولاء للسيد ان اعتق بالكتابة ، لان السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه له ويقارن ما باعه

(والثاني) أنه مالكة ولا يقتصر من المالك لمالوكه ولكن يجب الارش ولا يجب الا باندمال الجرح على ما ذكرنا في الجنايات ولانه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته الى نفسه فيسقط أرشه فإذا ثبت هذا فإنه ان سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتل وان اندمل الجرح وجب أرشه له على سيده فإن كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاصا وان كان من غير جنس مال الكتابة او كان النجم لم يحل لم يتقاصا ويطلب كل واحد منهما بما يستحقه وان اتفقا على أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وكانا من جنسين لم يحز لانه بيع دين بدين فان قبض أحدهما حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن حقه جاز وان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز اذا كان من جنس مال الكتابة

(الحال الثانية) اذا كان الجاني أجنبياً حراً فلا تقاص أيضاً لان الحر لا يقتل بالمبدول لكن ينظر ان سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وعلى الجاني قيمته لسيدته وان اندمل الجرح فعليه أرشه له فان أدى الكتابة وعق ثم سرى الجرح الى نفسه وجبت دية لان اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته فان كان الجاني السيد او غيره من الورثة لم يرث منه شيئاً لان اتقائل لا يرث ويكون لبيت المال إن لم يكن له وارث، ومن اعتبر الجاية بحالة ابتدائها أوجب على الجاني قيمته ويكون لورثته أيضاً

السيد ، لأن السيد يبيعه أبطل حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فانهم لا يملكون ابطال حق موزوئهم

(فصل) اذا وصى السيد بمال الكتابة صح فان سلم مال الكتابة الى الموصى له أو وكيله أو وليه ان كان محجوراً عليه برى منه وعق وولاؤه لسيدته الذي كاتبه لانه المنعم عليه وان أبرأه من المال عتق لانه برى من مال الكتابة فأشبهه مالو ادى وان أعتقه لم يعتق لانه لا يملك رقبته وانما وصى له بالمال الذي عليه وإن عجز ورد في الرق صار عبداً للورثة وما قبضه الموصى له من المال فهو له لانه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر في تعجيزه الى الورثة لان الحق يثبت لهم بتعجيزه ويصير عبداً لهم فكانت الخيرة في ذلك اليهم وتبطل وصية الموصى له بتعجيزه وان وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى إلى من يقبضه ويفرق بينهم صح ومتى سلم المال الى الوصي برى وعق وان أبرأه منه لم يبرأ لان الحق لغيره فان دفعه المكاتب الى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق لان اتشيعين إلى الوصي دونه وان وصى بدفع المال إلى غرائه تعين القضاء منه كما لو وصى به عطية لهم فان كان انما وصى بقضاء ديونه مطلقاً كان على المكاتب ان يجمع بين الورثة والوصي بقضاء الدين ويدفعه اليهم محضرة لان المال للورثة ولهم قضاء الدين منه ومن غيره وللوصي في قضاء الدين حق لان له منهم من التصرف في التركة قبل قضاء الدين

(الحال الثالث) إذا كان الجاني عبداً أو مكاتباً فإن كان موجب الجنابة اقصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيده مخير بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقة الجاني وإن كانت فيما دون النفس مثل أن يقطع يده أو رجله فالمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه كما أن المريض يقبض ولا يعترض عليه ورثته والمفلس يقبض ولا يعترض عليه غرامؤه وإن عفا على مال ثبت له وإن عفا مطلقاً أو إلى غير مال ابنى ذلك على الروايتين في موجب العمد أن قلنا موجب اقصاص عيناً صح ولم يثبت له مال وليس للسيد مطالبة باشتراط مال لأن ذلك تكسب ولا يملك السيد إجباره على الكسب وإن قلنا الواجب أحد أمرين ثبتت له دية الجرح لأنه لما سقط اقصاص تعين المال ولا يصح عفو عن المال لأنه لا يملك التبرع به بغير إذن سيده وإن صالح على بعض الأرض فحكمه حكم العفو إلى غير مال

(فصل) وإذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنائيات ولم يكن ملك ما يؤدي في كتابته انفسخت كتابته وسقط أروش الجنائيات لأنها متعلقة برقبته وقد نلت ويستوفي دينه مما كان في يده فإن لم يف بها سقط الباقي

قل أحمد ليس على سيده قضاء دينه هذا كان يسعى لنفسه وإن كان قد ملك ما يؤدي في كتابته ابنى ذلك على الروايتين في عتق المكاتب بملك ما يؤديه وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك فتفسخ الكتابة أيضاً ويبدأ بقضاء الدين على ما ذكرنا في الحال الأولى وهذا قول زيد

(فصل) إذا مات رجل وخاف ابنين وعبداً فادعى العبد أن سيده كاتبه فصدقه ثبتت الكتابة لأن الحق لها وإن أنكره وكانت له بيعة ثبتت الكتابة وعتق بالأداء اليها وإن عجز فاعها رده إلى الرق وإن لم يعجزه وصبراً عليه لم يملك انفسخ وإن عجزه أحدهما وأبى الآخر تمجيزه بقي نصفه على الكتابة ورق النصف الآخر فإن لم تكن له بيعة فاقول قولهما مع إيمانها لأن الأصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون إيمانها على نفي الدلماً لأنها عين على نفي فعل الغير فنحلفا ثبت رقه وإن نكلا قضى عليهما أوردت البين عليه عند من يرى ردها فيحلف العبد وتثبت الكتابة وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى برق نصفه وكتابة نصفه وإن صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البيعة في نصفه الآخر فإن لم تكن بيعة وحلف المنكر صار نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً قناً فإن شهد المقر على أخيه قبلت شهادته لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً فإن كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه وإن لم يشهد غيره فهل يحلف العبد معه ؟ على روايتين وإن لم يكن عدلاً أو لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه لأنها على نفسه وعلى مالك نصفه فإن لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته ثم إن اتفق هو ومالك نصفه على المهياة مياومة أو مشاهرة أو كيفما كان جاز فإن طلب أحدهما ذلك وامتنع الآخر أجبر عليها في ظاهر كلام أحمد وهو قول أبي حنيفة ، لأن

ابن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمر بن دينار وأبي الزناد وبجي الانصاري وربيعة والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي (والرواية اثنائية) أنه اذا ملك ما يؤدي قد صار حراً فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه

وروي نحو هذا عن شريح والنخعي والشعبي والحكم وحامد وابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح لانه دين له حال فيضرب به كسائر الديون وبجي على قول من قال ان الدين يحل بالموت أن يضرب بجميع مال الكتابة لانه قد صار حلاً والمذهب الاول الذي نقله الجماعة عن احمد

وقد روى سعيد في سننه حدثنا هشيم انا منصور وسعيد عن قتادة قال ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب اذا مات وعليه دين وبقي من مكاتبه فقلت ان شريحاً قضى أن مولاه يضرب مع الغرماء فقال سعيد أخطأ شريح قضى زيد بالدين قبل الكتابة

(مسئلة ١٠) قال (واذا كاتبه ثم دبره فادى صار حراً وان مات السيد قبل اداء عتق بالتدبير ان حمل الثلث ما بقي من كتابته والاعتق منه بمقدار الثلث وسقط من الكتابة بمقدار ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي)

وجملة ذلك أن تدبير المكاتب صحيح لانعلم فيه خلافا لانه تعليق عتق بصفة وهو يملك اعتاقه

المنافع مشتركة بينهما فاذا أراد أحدهما حياة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر اجابته كالايمان ويحتمل ان لا يجبر وهو قول الشافعي لان المهايأة تأخير حقه الحل لكون المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما فلا يجب الاجابة اليه كتأخير دينه الحل فان اقتسما الكسب مناصفة او مهايأة جاز فان لم يف بأداء نجومه فله مقر رده في الرق وما في يده له خاصة لان المنكر قد اخذ حقه من الكسب وان اختلف المنكر والمقر فيما في يد المكاتب فقال المنكر هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة أو كسبه في حياة ايينا وأنكر ذلك المقر فاقول قوله مع يمينه لان المدعي يدعي كسبه في وقت الاصل عدمه فيه ولانه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك كان اقول قول المكاتب فكذلك من يقوم مقامه وان ادى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر الى نصيب شريكه لانه لم يباشر العتق ولم ينسب اليه وانما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ولان المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضاً لانه قد قبض من العبد مثل ما قبض فقد حصل اداء مال الكتابة اليها فعتق كاه بذلك وولاء النصف للمقر لان أخاه لا يدعيه والمقر يدعي انه كله عتق بالكتابة وهذا الولاء الذي على هذا النصف من نصيب من الولاء وقول أصحاب الشافعي في ذلك وجهان

(أحدهما) كقولنا (والثاني) ان الولاء بين الابنين لانه يثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث

(الجزء الثاني عشر)

(٥٥)

(المغني والشرح الكبير)

وإن كان وصية فهو وصية باعتاقه وهو يملكه فمقد هذا أن أدى عتق بالاداء لانه سبب للعتق ويعدل
التدبير للفتى عنه وما في يده له وإن عجز وفسخت الكتابة بطلت كتابته وصار مدبراً غير مكاتب
فاذا مات السيد عتق أن خرج من الثلث وما في يده لسيدته وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر
الثلث وإن مات السيد قبل ادائه وعجزه عتق بالتدبير أن حله الثلث وإن لم يخرج من الثلث عتق
منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق لأن مال الكتابة عوض عنه فاذا عتق نصه وجب
أن يسقط نصف الكتابة لانه لم تبق الكتابة إلا في ذمته فلم يبق عليه من مالها إلا بقدر ذلك وهو على
الكتابة فيما بقي وما في يده له وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه

وقال أصحابنا إذا عتق بالتدبير بطلت الكتابة وكان ما في يده لسيدته كما لو بطلت الكتابة بهجزة
لانه عبد عتق بالتدبير فكان ما في يده لسيدته كغير المكاتب والصحيح الأول أن شاء الله تعالى لانه مكاتب
برىء من مال الكتابة فعتق بذلك وكان ما في يده له كما لو أبرأ سيده بحقه أن ملكه كان ثابتاً على ما في
يده ولم يحدث ما يزيله وإنما الحادث مزبل للملك سيده عنه فيبقى ملكه كما لو عتق بالاداء

(فصل) إذا قال السيد لمكاتبه متى عجزت بعد موتي فأنت حر فهذا تعليق للحرية على صفة
تحدث بعد الموت وقد ذكرنا فيه اختلافاً فيما مضى فإن قلنا لا يصح فلا كلام وإن قلنا يصح فتى
عجز بعد الموت صار حراً بالصفة فإن ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق لانه لم يجب عليه شيء

قال شيخنا والصحيح ما قلناه لما ذكرنا ولا يمنع ثبوت الولاء للأب واختصاص أحد الابنين به كما
لو ادعى أحدهما ديناً لايه على انسان وأذكره الآخر فإن المدعي يأخذ نصيبه من الدين ويختص
به دون اخيه وإن كان يرثه عن الأب ولذلك لو ادعياه معا وأقاما به شاهداً واحداً خلف أحدهما
مع الشاهد وأبى الآخر فإن اعتق أحدهما حصته عتق ومضى إلى باقيه إن كان موسراً هذا قول الحنفي
لنول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من أعتق شركاً له في عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم
عليه قيمة العبد واعطى شركاؤه حصصهم» ولانه موسر عتق نصيبه من عبد مشترك
فسرى إلى باقيه كغير المكاتب

وقال أبو بكر والفاضل لا يفتق الا حصته لانه ان كان الممتق المقر فهو منفذ وإن كان المذكور
لم يسر إلى نصيب المقر لانه مكاتب لغيره وفي سرية العتق اليه ابطال سبب الولاء عليه فلم يجز ذلك
(مسئلة) (وإن حل نجم فلم يؤده فللسيد الفسخ وعنه لا يميز حتى يحل نجمان وأنه لا يميز
حتى يقول قد عجزت)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما يجوز به للسيد فسخ الكتابة فروي عنه انه يجوز له
الفسخ إذا عجز من نجم واحد وهو قول الحارث العكلي وأبي حنيفة والشافعي لأن السيد دخل على
أن يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع اليه المال في نجمه فإذا لم يسلم له لم يلزمه

يعجز عنه وإن ادعى ذلك بعد حلول نجمه ومعه ما يؤديه لم يصح قوله لأنه ليس بعاجز وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق وإن كذبوه فلقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم المال وعجزه فإذا حلف عتق وإذا عتق بهذه الصفة كان مافي يده له أن لم تكن كتابته فسخت لأن العجز لا تنسخ به الكتابة وإنما يثبت به استحقاق الفسخ والحرية تحصل بأول وجوده فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته فيكون مافي يده له كما لو عتق بالبراء من مال الكتابة ومقتضى قول بعض أصحابنا أن تبطل كتابته ويكون ما بيده لورثة سيده

(فصل) وإذا كاتب عبدآ في صحته ثم أعتقه في مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فإنما فتمت قيمته دون مال الكتابة وهي تخرج من الثلث ولو كان مال الكتابة مائة وقيمته مائة وخمسون اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها وإنما اعتبرنا الأقل لأن قيمته أن كانت أقل فهي قيمة ما ألتف بالاعتاق ومال الكتابة ما استقر عليه فإن العبد اسقاطه بتمعيز نفسه أو بمتنع من أدائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه لأنه يعتق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواد وقد ضف ملكه فيه وصار عوضه ، وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث مثل أن يكون ماله سوى المكاتب

عتقه لأنه عجز عن أداء النجم في وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الأخير ولأنه تعذر العوض في عقد معاوضة ووجد عين ماله فكان له الرجوع كما لو باع مائة فافلس المشتري قبل نقد ثمنها (والرواية الثانية) أن السيد لا يملك الفسخ حتى يحل نجمان قبل أدائها وهو ظاهر كلام الخرقى قلنا قاضي وهو ظاهر كلام أصحابنا روي ذلك عن الحكم وابن أبي ليلى وإبي يوسف والحسن بن صالح لا روي عن علي رضي الله عنه أنه قل لا يرد المكاتب في الرق حتى يتوالى عليه نجمان ولأن ما بين النجمين محل الاداء الأول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثاني (والرواية الثالثة) أنه لا يعجز حتى يقول قد عجزت رواها عنه ابن أبي موسى وروى عنه أنه إذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد إلى الرق واتبع بما بقي وإذا قلنا للسيد الفسخ لم تنسخ الكتابة بالعجز بل له مطالبة المكاتب بما حل من نجومه لأنه دين له حل فاشبه دينه على الأجنبي وله الصبر عليه وتأخير به سواء كان قادراً على الاداء أو عاجزاً لأنه حق له سماع بتأخيريه أشبه الدين على الأجنبي فإن اختار الصبر عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف فعله

قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن المكاتب إذا حل عليه نجم ونجم أو نجومه كلها فوقف السيد عن ماله وتركه بحاله أن الكتابة لا تنسخ مادام ثابتين على العتد لأول وإن أجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل كالقرض وإن اختار

قيمته مائة فأننا نفهم الأقل من قيمته أو مال كتابته الى ماله ونعمل بحسابه فيعتق منه ثلثاه ويبقى ثلثه بذلك مال الكتابة فان أداه عتق والارق منه ثلثه

ويحتمل انه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فيني ثلثه بخمسين فاداهما أن يقول قد زاد مال الميت لانه حسب على الورثة بمئة وحصل لهم بثله خمسون فقد زاد مال الميت فينبغي أن يزيد ما عتق منه لان هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والارث عنه ويجب ان يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه لان ربه يجب ايتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت فعلى هذا اذا كان ثلاثة أرباع مال المكاتب مئة وخمسين وقيمة العبد مائة والميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثالث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين وذلك نصف تسعه فصار العتق ثابتاً في ثلثيه ونصف تسعه وحصل للورثة المائة وثمانية اتساع الخمسين وهو مثلاً ما عتق منه فان قيل لم أعتقم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة وقد قلتم ان المكاتب لا يعتق منه شيء حتى يؤدي جميع مال الكتابة ؟ قلنا انما أعتقنا بعضه ههنا باعتاق سيده لا بالكتابة ولما كان العتق في مرضه ، نه نفذ في ثلث ماله وبقي باقيه لحق الورثة والموضع الذي لا يعتق الا باداء جميع الكتابة اذا كان عتقه بها لانه اذا بقي عليه شيء فاحصل الاستيفاء ويختصن المعاوضة فلم تثبت الحرية في العوض

السيد فسخ كتابته وردة الى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا يلزمه الاستبناء به ، فل ذلك ابن عمر وهو قول شريح والنخعي وابي حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى لا يكون عجزه الا عند قاض ، وحكي نحوه عن مالك ، وقال الحسن اذا عجز استؤني بعد العجز سنتين ، وقال الاوزاعي شهرين

ولنا ما روى سعيد باسناده عن ابن عمر أنه كاتب عبدآ له على الف دينار وعجز عن مائة دينار فردة في الرق وباسناده عن عطية العوفي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفاً فأدى عشرة آلاف ثم أتاه فقال اني طفت العراق والحجاز فردني في الرق فردة وروي عنه انه كاتب عبدآ له على ثلاثين ألفاً فقال له انا عاجز فقال له امح كتابتك فقال لي امح انت

وروى سعيد باسناده عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ خطب فقال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق » ولانه عقد عجز عن عوضه فذلك فسخه كالمسلم اذا تعذر السلم فيه فان قيل فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد ؟ قلنا بل هي لازمة من الطرفين ولا يملك العبد فسخها وانما له ان يعجز نفسه ويمتنع من الكسب وانما جاز له ذلك لوجهين (أحدهما) أن الكتابة تتضمن اعتاقاً بصمة ومن عاق عتقه بصفة لم يملك ابداً لها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الاتيان بها ولا الاجبار عليها

(فصل) وان وصى سيده باعتاقه أو ابرائه من الكتاب أو كان يخرج من ثلثه اقل الامرين من قيمته أو مال كتابته فالحكم فيه كالحكم فيما اذا اعتقه في مرضه أو ابراه الا أنه يحتاج ههنا الى ايقاع العتق لانه أوصى به وان لم يخرج الاقل منها من ثلثه أعتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ويبقى باقيه على باقي الكتابه فان أداه عتق جميعه وان عجز عتق منه بقدر الثلث وورق الباقي وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال كقولنا فيمن دبر عبداً له وله مال غائب أو دين في ذمة مؤثر أو معسر انه يعتق ثلثه في الحال وان لم يحصل للورثة في الحال شيء ولأن حق الورثة متحقق المحصول فانه ان أدى ولا عاد الباقي قنا ، وذكر القاضي فيه وجهاً آخر انه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للميت مال سواء لثلاثينجز للوصية ما عتق منه وبتأخر حق الوارث وكذلك لو كان له مال غائب أو دين حاضر لم تنجز وصيته من الحاضر والاول أوضح لما ذكرناه واما الحاضر والغائب فانه ان كان أوصى له بالحاضر اخذ ثلثه في الحال ووقف الباقي على قدوم الغائب فقد حصل للموصي له ثلثه الحاضر ولم يحصل للورثة شيء في الحال فهو كسثلثنا ولم يكمل له جميع وصيته لان الغائب غير موقوف بمجصوله فانه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه فاما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فانهما تقف على أداء مال الكتابة

﴿مسئلة﴾ قال (وان ادعى المكاتب وفاء كتابته واتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً)

وهذا قول الشافعي رضي الله عنه لان النزاع بينهما في أداء المال والمال يقبل فيه الشاهد واليمين

(الثاني) ان الكتابة لحظ "مد دون سيده فكان لازماً لمن ألزم نفسه حفظ غيره وصاحب الحظ بالخيار فيه كن ضمن لغيره شيئاً او كفيل له او رهن عنده رهنا

(فصل) واذا حل النجم على المكاتب وماله حاضر عنده طوبى به ولم يجز الفسخ قبل الطلب كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل العلب فان طلب منه فقد ذكر انه غائب عن المجلس في ناحية من نواحي البلد او قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم يمكن احضاره قريباً لم يجز فسخ الكتابة واهمل بتدريما ياتي به اذا طلب الامهال لأن هذا يسير لا ضرر فيه وان كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الامهال ليبيعه بجنس مال الكتابة اهل وان كان المال غائباً اكثر من مسافة القصر لم يلزم الامهال وهذا قول الشافعي وقول أبو حنيفة ان كان له مال حاضر او غائب يرجو قدومه استؤني يومين وثلاثة لا ازيد على ذلك لان الثلاثة آخر حد القلة والتقرب لما بيناه فيما مضى وما زاد عليها في حد الكثرة وهذا كله قريب بعضه من بعض فاما اذا كان قادراً على الاداء واجداً لما يؤديه فامتنع من أدائه أو قال قد عجزت فقال الشريف ابو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين ملك السيد الفسخ وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشرح وظاهر كلام

فإن قيل : اتقيد بهذه الشهادة العتق وهو ما لا يثبت بشاهد ويمين . قلنا بل يثبت بشاهد ويمين في رواية . وإن سلمنا أنه لا يثبت بذلك لكن الشهادة ههنا إنما هي بأداء المال والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الاول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين كما أن الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة وترتب عليها ثبوت النسب الذي لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد

(فصل) فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فلقول قوله مع يمينه لأنه منكر . وإن قل العبد لي شاهد غائب أنظر ثلاثاً فإن جاء به وإلا حلف السيد ، ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حريته وإن جاء بشاهد فخرج فقال لي شاهد غائب عدل أنظر ثلاثاً لما ذكرنا

(فصل) وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره وإن أقر بذلك في مرض موته قبل لأنه إقرار لغير وارث وإقرار المريض لغير وارثه مقبول . وإذا قل استوفيت كتابتي كلها عتق العبد . وإن قل استوفيتها كلها إن شاء الله تعالى وإن شاء زيد عتق ولم يؤثر الاستثناء لأن هذا الاستثناء لا مدخل له في الإقرار

قال أحمد في رواية أبي طالب إذا قل له علي الف إن شاء الله كان مقراً بها . ولأن هذا الاستثناء تعليق بشرط والذي يتعلق بالشرط إنما هو المستقبل وأما الماضي فلا يمكن تعليقه لأنه قد وقع على

الخرق وهذا مذهب الشافعي وقول أبو بكر بن جعفر ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض وهو قول أبي حنيفة ومالك والأوزاعي وقد ذكر ذلك في كتاب البيع وفيه رواية أخرى أنه إذا قدر على أداء المال كله أنه يصير حراً بملك ما يؤدي وقد ذكرناها

(فصل) فإن حل النجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده فله الفسخ وإن كان غائب بأذنه لم يكن له أن يفسخ لأنه إذن في السفر المانع من الأداء لكن يرفع الأمر إلى الحاكم ليحكم للسيد فسخ الكتابة وإن كان قادراً على الأداء طالبه بالخروج إلى البلد الذي فيه السيد ليؤدي مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك فإن فعله في أول حال الامكان عند خروج القافلة إن كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ وإن أخره مع الامكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع إليه جاز وله الفسخ إذا ثبتت وكالته بينة بحيث يأمن المكاتب إنكار السيد فإن لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع إليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ لأنه لا يأمن أن يسلم إليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال وسواء صدقه في أنه وكيل أو كذبه فإن كتب حاكم البلد الذي فيه السيد إلى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك لأن هذا وكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه فإن الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد فإن اختار القبض جرى مجرى الوكيل ومتى قبض منه المال عتق

صفة لا يتغير عنها بالشرط وإنما يدل الشرط فيه على الشك فيه فكأنه قال استوفيت كتابتي وأنا أشك فيه فيلغو الشك ويثبت الاقرار . وان قل استوفيت آخر كتابتي وقال إنما أردت أني استوفيت النجم الآخر دون ما قبله ، وادعى العبد اقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد لأنه أعرف بمزاده (فصل) إذا أبرأ السيد من مال الكتابة برىء وعق لان ذمته خلت من مال الكتابة فأشبه ما لو أداه ، وان أبرأه من بعضه برىء منه وكان على الكتابة فيما بقي لان البراء كالإداء . وإن كاتبه على دنانير فأبرأه من دراهم . أو على دراهم فأبرأه من دنانير لم تصح البراءة لانه أبرأه مما لا يجب له عليه إلا ان يريد بقدر ذلك مما لي عليك فإن اختلفا فقال للمكاتب إنما أردت من قيمة ذلك وقال السيد بل ظننت ان لي عليك النقد الذي أبرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها فالقول قول السيد مع يمينه لانه اعترف بنبينه وان مات السيد واختلف المكاتب مع ورثته فالقول قولهم مع ايمانهم انهم لا يعلمون موروثهم أراد ذلك ، وان مات المكاتب واختلف ورثته وسيداه فالقول قول السيد لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يكفر المكاتب بغير الصوم)

وجملته ان المكاتب إذا لزمته كفارة ظهار او جمع في نهار رمضان او قتل او كفارة يمين لم يكن له التكفير بالمال لانه عبد ولانه في حكم العسر بدليل انه لا يلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله اخذ

﴿مسئلة﴾ (وليس للعبد فسخها بحال)

لأنها عقد لازم ومقصودها ثبوت الحرية في العبد وذلك حق لله تعالى فلا يملك العبد فسخه وان كان له فيه حظ وعنه له ذلك لان العقد لحظه فلنك فسخه كالمرتهن له فسخ الرهن دون الراهن وان اتفق هو والسيد على فسخها جاز لان الحق لما فجاز باتفاقها كفسخ البيع والاجارة

﴿مسئلة﴾ (ولو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات انفسخ النكاح)

إذا زوج السيد ابنته من مكاتبه برضاها ثم مات السيد وكانت من الورثة انفسخ النكاح وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا ينفسخ حتى يعجز وبه قال ابو حنيفة لأنها لا ترثه وإنما ملك نصيبها من الدين الذي عليه بدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب من الدين عتق وكان الولاء للميت لا للوارث فان عجز وعاد رقيقاً قلنا انفسخ النكاح حينئذ لأنها ملكت نصيبها منه

ولنا أن المكاتب مملوك لسيداه ولا يعتق بموته فوجب ان ينتقل الى ورثته كسائر أملاكه ولأنها لا يجوز لها ابتداء نكاحه لأجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كما عبد القن ، وأما كون الولاء للميت فلان السبب وجد منه فنسب العتق اليه وثبت الولاء له إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله أو ترث بعضه لأنها إذا ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل في باقيه لانه لا ينجز فان كانت لا ترث أباه لمانع من موانع الميراث فنكاحها

الزكاة لحاجته . وكفارة العبد والمعر الصيام . وان اذن له سيده في التكفير بالمال جاز لانه بمنزلة
انتزع ويجوز له التبرع باذن سيده ولان المنع لحقه وقد اذن فيه ولا يلزمه التكفير بالمال اذا اذن
فيه السيد لان عليه ضرراً فيه لما ينفى اليه من تفويت حريته كما ان التبرع لا يلزمه باذن سيده
وقل اتقاضي المكاتب كالعبد القن في التكفير ومتى اذن له سيده في التكفير بالمال انبني على
ملك العبد إذا ملكه سيده ، فان قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بعتق ولا إطعام ولا كسوة سواء ملكه
سيده او لم يملكه وسواء اذن فيه او لم يأذن لانه يكفر بما ليس بملوك له فلم يصح وان قلنا يملك بالتملك
صح تكفيره بالطعام إذا اذن فيه وان اذن له في التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين سبق ذكرهما
في تكفير العبد . والصحيح ان هذا التفصيل لا يتوجه في المكاتب لانه يملك المال بغير خلاف وانما
ملكه ناقص لتعلق حق سيده به فاذا اذن له سيده فيه صح كالتبرع

(مسئلة) قال (وولد المكاتب الذين ولدتهم في الكتابة يستقون بمقها)

وجنته أنه يصح مكتوبة الامة كما تصح مكتوبة العبد لا خلاف بين اهل العلم فيه وقد دل
عليه حديث بريرة وحديث جويرة بنت الحارث ولانها داخله في عمره قوله (والذين يبتغون الكتاب
بماملكت أيمانكم فكتابوهم ان علمتم فيهم خيراً) ولانها يمكنها التكسب والاداء فهي كالعبد وإذا انت

باق بحاله والحكم في سائر الورثة من النساء كالخكم في البنت وكذلك لو تزوج رجل مكتوبة فورثها
او بمضها انفسخ نكاحه لذلك

﴿مسئلة﴾ (ويجب على السيد ان يؤتیه ربع مال الكتابة ان شاء وضعه عنه وان شاء
قبضه ثم دفعه اليه)

الكلام في الايتاء في خمسة نصول وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه
(الفصل الاول) انه يجب على السيد ايتاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه روي ذلك عن علي
رضي الله عنه وبه قال الشافعي واسحاق وقل بريرة والحسن والنعيمي والثوري ومالك وابو حنيفة
ليس بواجب لانه عقد معاوضة فلا يجب فيه الايتاء كسائر عقود المعاوضات
ولنا قول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وظاهر الأمر الوجوب قل علي رضي الله
عنه : ضموا عنه ربع مال الكتابة وعن ابن عباس قل ضموا عنهم من مكاتبهم شيئاً وتفارق الكتابة
سائر العقود فان اقمدها رفق العبد بخلاف غيرها ولان الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع
المعاوضة فكذلك يجب ان يستحق العبد على السيد شيئاً فن قيل المراد بالايتاء إعطاؤه سهما من الصدقة
والندب الى التصديق عليه وليس ذلك واجبا بدليل ان العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضي
اسقاط شيء منه ؟ قلنا أما الأول فن عليا وابن عباس فسراه بما ذكرنا وهما أعلم تأويل القرآن وحمل

[المغني والشرح الكبير] ولد المكتبة المولودون في الكتابة يعتقون بعقها ٤٤١

المكتبة بولد من غير سيدها اما من نكاح أو غيره فهو تابع لما موقوف على عتقها فان عتقت بالاداء أو الأبراء عتق وان فسخت كتابتها وعادت الى الرق عادر قيقا وهذا قول شريح ومالك وأبي حنيفة والثوري واسحاق وسواء في هذا ما كان حلالا حل الكتابة وما حدث بعدها وقل أبو ثور وابن المنذر هو عبد قن لا يتبع أمه وللشافعي قولان كاللذهيين واحتجوا بان الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسري الى الولد كالتعليق بالصفة.

ولنا أن الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز ابطاله فبسرى الى الولد كالأستيلاد ويفارق التعليق بالصفة فان السيد يملك ابطاله بالبيع . إذا ثبت هذا فالكلام في الولد في فصول أربعة في قيمته إذا تلف وفي كسبه وفي نفقته وفي عتقه ، أما قيمته إذا تلف فقال أبو بكر هو لأمه تستعين بها على كتابتها لان السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته ولأنه بمنزلة جزء منها ولو جني على جزء منها كان ارشه لها كذلك ولدها وإذا لم يستحقها هو كانت لأمه لان الحق لا يخرج عنهما ولان ولدها لو ملكته بهبة أو شراء كانت قيمته لها فكذلك لو تبعها . يحققه أنه إذا تبعها صار حكمه حكمها ولا يثبت ملك السيد في منافعها ولا في ارش الجنابة عليه كما لا يثبت له ذلك فيها ، وقال الشافعي في أحد قوليّه تكون القيمة لسيدها لأنها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها والفرق بينهما

الأمر على النذب يخالف مقتضى الأمر فلا يصار اليه إلا بدليل وقولهم ان العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه قلنا إنما يجب الرفق به عند آخر كتابته رفقا به ومواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى كما يجب الزكاة مواساة من النعمة التي أنعم الله تعالى بها على عبده ولان العبد ولي جمع هذا المال وتعب فيه فقتضى الحال مواساته منه كما أمر النبي ﷺ باطعام عبده من الطعام الذي ولي حره ودخانه واختص هذا بالوجوب لان فيه معونة على العتق واعانة لمن يحق على الله تعالى عونونه فان أبا هريرة قال قال رسول الله ﷺ «ثلاثة حق على الله تعالى عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف» قال الترمذي هذا حديث حسن

(الفصل الثاني) في قدره وهو الربع ذكره الحرقى وأبو بكر وغيرهما من أصحابنا روي ذلك عن علي وقال قتادة العشر وقال الشافعي وابن المنذر يجزي ما يقع عليه الاسم وهو قول مالك إلا أنه عنده مستحب لقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) ومن للتبعض والقليل بعض فيكتفى به وقال ابن عباس ضعوا عنهم من مكائبتهم شيئا ولأنه قد ثبت أن المكاتب لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة بما ذكرنا من الاخبار ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب ان يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة ولا يجب عليه أداء مال يجب رده اليه وقد روي عن ابن عمر انه كاتب عبد الله على خمسة وثلاثين ألفا فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة

أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولدها فإن العقد باق بعد قتله فنظير هذا اتلاف بعض أعضائها والحكم في اتلاف بعض أعضائها كالحكم في اتلافه وأما كسبه وأرث الجناية عليه فينبغي أيضا أن يكون لأمه لأن ولدها جزء منها تابع لها فأشبهه بقية أجزائها ولأن اداءها لكتابتها سبب امتعه وحصول الحرية له فينبغي أن يصرف فيه بمنزلة صرفه إليه إذ في عجزها رق وفوات كسبه عليه وأما نفعته فلي أمه لأنها تابعة لكسبه وكسبه لها فنفعته عليها وأما نفعته فانه يمتق بإدائها أو إرثها ويرق بعجزها لأنه تابع لها وإن ماتت المكتبة على كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقا فلا أن تخاف وفاء فيكون على الروايتين وإن اعتقها سيدها لم يمتق ولدها لأنه إنما تبعها في حكم الكتابة وهو الممتق بالاداء وما حصل الاداء وإنما حصل عتقها بانه لا يتبعها فيه فأشبهه ما لو لم تكن مكتبة ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بمتقها أن يعود ولدها رقيقا ومقتضى قولنا أنه يبقى على حكم الكتابة ويمتق بالاداء لأن العقد لم يوجد ما يبطله وإنما سقط الاداء عنها لحصول الحرية بدونه فإذا لم يكن لها ولد يتبعها في الكتابة ولا في يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن في بقائه فائدة فانتفى لانتهاء فائدته وفي مثلتنا في بقائه فائدة لأفضائه إلى عتق ولدها فينبغي أن يبقى

ويحتمل أن يمتق باعتاقها لأنه جرى مجرى إرثها من مال الكتابة والحكم فيما إذا اعتقت باستيلاد

ولنا ما روي أبو بكر بإسناده عن علي عن النبي ﷺ (وآثوم من مال الله الذي آتاكم) قال «ربيع المكتبة» وروي موقوفا عن علي ولأنه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدرا كالزكاة ولأن حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب وإعنته على تحصيل العتق وهذا لا يحصل باليسير الذي هو أقل ما يقع عليه الاسم فلم يجز أن يكون هو الواجب وقول الله تعالى (وآثوم من مال الله) إذا ورد غير مقدر فيه فإن السنة بينته وقدرته كالزكاة

(الفصل الثالث) في جنسه أن قبض مال الكتابة ثم أعطاه منه أجزأ لأن الآية تقتضيه ، وإن وضع عنه مما وجب عليه جز لأن الصحابة رضي الله عنهم فسروا الآية بذلك ولأنه أبلغ في النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الإيتاء وتدل الآية عليه من طريق التنبية وإن أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله ، وهو ظاهر كلام الشافعي لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه

ولنا أنه لا فرق في المعنى بين الإيتاء منه والإيتاء من غيره إذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا في الأجزاء كالزكاة وغير المنصوص إذا كان في معنى الحق به ولذلك جاز الحط عنه وليس هو بإيتاء لما كان في معناه وإن آتاه من غير جنسه مثل أن يكتبه على دراهم فيعطيه دنانير أو عروضا لم يلزمه قبوله لأنه لم يؤت منه ولا من جنسه ويحتمل لزوم الحصول الرفق به فإن رضي المكاتب بها جاز

أو تدبير أو تعاقب بصفة كالحكم فيما إذا أعتقها لأنها عتقت بغير الكتابة وإن اعتق السيد الولد دونها صح عتقه نص عليه أحمد في رواية مهنا لأنه مملوك فصاح عتقه كأمه ولأنه لو اعتقه معها لصح ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كسائر مما يليه .

وقال القاضي وقد كان يجب أن لا ينفذ عتقه لأن فيه ضرراً بأمه بتفويت كسبه عليها لأنها كانت تستعين به في كتابتها ولعل أحد نفذ عتقه تنافياً للعتق والصحيح أنه يمتنع وما ذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه (أحدها) أن الضرر إنما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته فاما من لا كسبه فتخليصها من نفقته نفع محض فلا ضرر في اعتاقه لأنه لا يفضل لها من كسبه شيء ينتفع به فكان ينبغي أن لا يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد (الثاني) أن النفع بكسبها ليس بواجب لها بدليل أنه لا يملك إجباره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبراً في حقها . (الثالث) أن مطلق الضرر لا يكفي في منع العتق الذي تحقق مقتضيه ما لم يكن له أصل يشهد بالاعتبار ولم يذكر له أصلاً ثم هو ملغى بعتق المفلس والراهن وسراية العتق إلى ملك الشريك فإنه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى

(الفصل الرابع) في وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى (فكانت بينهما ان علم فيهم خيراً وآتوم) وذلك يحتاج إليه من حين العقد وكلا مجله كان أفضل لأنه يكون أنفع كالزكاة (الفصل الخامس) في وقت وجوبه وهو حين العتق لأن الله تعالى أمر بإيتائه من المال الذي آتاه وإذا آتى المال عتق فيجب إيتاؤه حينئذ قل علي رضي الله عنه الكتابة على تجمين والإيتاء من الثاني فإن مات السيد قبل إيتائه فهو دين في تركته لأنه حق واجب فهو كسائر ديونه فإن ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا في التركة بقدر حقوقهم ويقدم على الوصايا لأنه دين وقد قضى النبي ﷺ أن الدين قبل الوصية

﴿مسئلة﴾ (فإن أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن الربع عتق ولم تنسخ الكتابة في قول القاضي وأصحابه)

وهو قول أبي بكر لأنه يجب رده إليه فلا يرد إلى الرق لمعجزه عنه لأنه عجز عن أداء حق هو له لاحق للسيد فيه فلا معنى لتمعيزه فيما يجب رده إليه وقل علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قل « إذا أصاب المكاتب حداً وميراً ورث بحساب ما عتق منه ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد » رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وروى عن عمر وعلي أنه إذا أدى الشطر فلارق عليه وروى ذلك عن النخعي

(فصل) فأما ولد ولدها فإن حكمه حكم أمه لأن ولد المكاتب لا يتبعه وأما ولد بنتها فهو كبنتها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تسري الكتابة إليه لأن السراية إنما تكون مع الاتصال وهذا ولد منفصل فلا تسري إليه بدليل أن ولد أم الولد قبل أن يستولدها لا يسرى إليه الاستيلاء وهذا الولد اتصل بأمه دون جدته

ولنا أن ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما يثبت حكم أمها ، ولأن البنت تبعت أمها فيجب أن يتبعها ولدها لأن عليه إتباعها لأنها موجودة في ولدها ولأن البنت تعلق بها حق العتق فيجب أن يسري إلى ولدها كالمكاتب وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لامها في الكتابة فأما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل في الكتابة فابنتها أولى

﴿مسئلة﴾ قال (ويجوز بيع المكاتب)

وهذا قول عطاء والنخعي والليث وابن المنذر وهو قديم قولي الشافعي قال ولا وجه لقول من

وقال عبد الله بن مسعود إذا أدى قدر قيمته فهو غريم وظاهر كلام الحرقي أنه لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة

وروى الأثرم عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري أنهم قالوا : المكاتب عبد مابقي عليه درهم وهو قول القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة واثوري وابن شبرمة ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن أم سلمة لما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « إنما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فحجز عن عشر أواق فهو رقيق »

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » رواه أبو داود ولأنه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل أدائه كالتدبير المتفق عليه ولأنه لو عتق بعضه لسرى إلى باقيه كما لو باشره بالعتق

فأما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بكتابته وأنكر الآخر فأدى إلى المقر وما أشبهها من الصور جمعاً بين الأخبار وتوفيقاً بينهما وبين القياس ، ولأن قول النبي ﷺ « إذا كان لاحداً من مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » دليل على اعتبار جميع ما يؤدي وروى سعيد بإسناده عن أبي قلابة قال كن أزواج رسول الله ﷺ لا يحتجب من

مكاتب قل لا يجوز. وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز بيعه وهو قول مالك وأصحاب الرأي والجديد من قولي الشافعي لأنه عند يمنع استحقاق كسبه فيمنع بيعه كبيعته وعنته وقال الزهري وأبو الزناد : يجوز بيعه برضاه ولا يجوز إذا لم يرض ، وحكى ذلك عن أبي يوسف لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطالبها ولأن لسيده استيفاء منافعه برضاه ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه .

ولنا ما روى عروة عن عائشة أنها قالت جاءت بريرة إلي فقالت يا عائشة اني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً فقالت لها عائشة وتقت فيهما أرجعي إلى أهلِكَ إن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعاً فملت فذهبت بريرة إلى أهلها فمرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا ان شأمت أن تحسب عليك: فلتفعل ويكون ولاؤك لنا فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ فقال « لا يمنعك ذلك منها ابتاعي واعتقي إنما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « ما بال ناس يشترون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق وإنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه

قال ابن المنذر بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ وهي مكاتبه ولم ينكر ذلك ففي ذلك آية البيان أن بيعه جائز ولا أعلم خبراً يعارضه ولا أعلم في شيء من الأخبار دليلاً على عجزها ودأوله له الشافعي على

ما بقي عليه دينار ويجوز أن يتوقف العتق على أداء الجميع وإن وجب رد البعض إليه كما لو قال إذا أدبت إلي فانت حر والله علي رد ربها إليك فإنه لا يعتق حتى يؤديها وإن وجب عليه رد بعضها

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وإذا كاتب عبيداً له كتابة واحدة بعوض واحد صح)

مثل أن يكاتب ثلاثة أعبد له بالف فيصح في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى وأبو حنيفة ومالك والحسن بن صالح وإسحاق وهو المنصوص عن الشافعي وقال بعض أصحابه فيه قول آخر أنه لا يصح لأن المقدم مع ثلاثة كمتود ثلاثة عوض كل واحد منهم بمجهول فلم يصح كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد

ولنا أن جملة العوض معلومة وإنما جهل تفصيله فلم يمنع صحة المقدم كما لو باعهم لواحد وعلى قول من قال إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضاً تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة إذا ثبت هذا فكل واحد منهم مكاتب بمحضته من الألف يقسم بينهم على قدر قيمتهم حين المقدلانه حين المماوضة وزوال سلطان السيد عنهم فإذا أده عتق، وهذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي وإسحاق وقال أبو بكر عبد العزيز يتوجه لابي

انها كانت قد عجزت وكان بيعها فسخاً لكتابتها وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل في غاية القوة وليس في الخبر ما يدل عليه بل قولها أعينني على كتابتي دلالة على بقائها على الكتابة ولانها أخبرتها ان نجومها في كل عام أوقية فالمعجز انما يكون بمضي عامين عند من لا يرى المعجز إلا بحلول نجمين أو بمضي عام عند الآخرين والظاهر أن شراء عائشة لما كان في أول كتابتها ولا يصح قياسه على أم الولد لان سبب حرقتها مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال فأشبه الوقف والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته اذا عجزت فترقا

قال ابن أبي موسى وهل للسيد أن يبيع المكاتب بأكثر مما عليه؟ على روايتين ، ولان المكاتب عبد مملوك لسيدته لم يتختم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة والدليل على انه مملوك قول النبي ﷺ « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وان مولاته لا يلزمها ان تحتجب منه بدليل قوله عليه السلام « اذا كان لاحد اكن مكاتب فلك ما يؤدي فلتحتجب منه » فيدل على انها لا تحتجب قبل ذلك وقد روينا في هذا عن نيهان مولى أم سلمة انه قال : قالت لي ام سلمة يا نيهان هل عندك ما تؤدي؟ قلت نعم فاخرجت الحجاب بيدي وبينها وروت هذا الحديث ، قال قلت لا والله أعزدي ما تؤدي ولا أنا بمؤد وانما سقط الحجاب عنها منه لكونه مملوكا ولانه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ويرجع عند المعجز إلى كونه قنأ ولو صار حراً ما عاد إلى الرق ويفارق اعتاقه لأنه يزيل الرق

عبد الله قول آخر أن العوض بينهم على عدد رؤوسهم فيتساوون فيه لانه أضيف اليهم إضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو قرلهم بشيء.

ولنا ان هذا عوض فينقسم على العوض كما لو اشترى شقصاً وسيفاً وكما لو اشترى عبيداً فرد واحداً منهم ببيع أو تلف أحدهم ورد الآخر ويختلف الاقرار فانه ليس بعوض إذا ثبت هذا فأفهم أدى حصته عتق وهذا قول الشافعي وقال ابن أبي موسى لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة وحكي ذلك عن أبي بكر وهو قول مالك وحكي عنه أنه إذا امتنع أحدهم من الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقيون واحتجوا بان الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقيين ولا يحصل العتق إلا بإداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحداً وقال أبو حنيفة ان لم يقل لم السيد ان ادبتم عتقتم فإيهم أدى بحصته عتق وان ادوا جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبه بشيء وان قال لم ان ادبتم عتقتم لم يعتق واحد منهم حتى يؤدي الكتابة كلها ويكون بعضهم حميلاً عن بعض يأخذ أيهم شاء بالمال وإيهم أداها عتقوا كلهم ويرجع على صاحبه بمصتها ولنا أنه عقد معاوضة مع ثلاثة فيبرأ كل واحد منهم بإداء حصته كما لو اشترى عبيداً وكما لو لم يقل لم ان ادبتم عتقتم على أبي حنيفة فان قوله ذلك لا يؤثر لان استحقاق العتق بإداء العوض لا بهذا القول بدليل أنه يعتق بالإداء بدون هذا القول ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق وقوله ان

بالكلية وليس بعقد وانما هو اسقاط للمالك فيه ، وأما بيعه فلا يمنع ماله بيعه ، وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسئلتنا

(فصل) وتجوز هبته والوصية به ونقل الملك فيه لانه في معنى بيعه ، وقد روي عن احمد انه منع هبته لان الشرع انما ورد ببيعه والصحيح جوازها لان ما كان في معنى المنصور عليه ثبت الحكم فيه **(مسألة)** قل (ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب فاذا أدى صار حرا وولاؤه لمشتريه فان لم يبين البائع له شترى انه مكاتب فهو مخير بين أن يرجع في الثمن أو يأخذ ما بينه وبينه سليما ومكاتبيا)

وجملة ذلك ان الكتابة لاتنسخ بالبيع ولا يجوز ابطالها ولا نعلم في هذا خلافا قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ان بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته بيبعه اذا كان ماضيا فيها مؤديا ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز وذلك لانها علة لازم فلا تبطل ببيع العبد كاجارته ونكاحه ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه كالموكل كان عند البائع مبقى على ما بقي عليه من كتابته ويؤدي الى المشتري كما كان يؤدي الى البائع فان عجز فهو عبد لمشتريه لانه صار سيده ، وان أدى عتق وولاؤه لمشتريه لان حق المكاتب فيه انتقل الى المشتري فصار للمشتري

هذا العقد كتابة واحدة ممنوع فان العقد مع جماعة عقود بدليل البيع ولا يصح القياس على كتابة الواحد لان ما قدره في مقابلة عتقه وههنا في مقابلة عتقه ما يخصه فافترا اذا ثبت هذا فانه ان شرط عليهم في العقد ان كل واحد منهم ضامن عن الباقيين ففسد الشرط والعقد صحيح وقال أبو الخطاب فيه رواية اخرى ان الشرط صحيح وخرجه ابن حامد وجهاً بناء على الروایتين في ضمان الحر لمال الكتابة وقال الشافعي العقد والشرط فاسدان لان الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه لان السيد انما رضي بالعقد بهذا الشرط فاذا لم يثبت لم يكن راضيا بالعقد وقال مالك وأبو حنيفة العقد والشرط صحيحان لانه من مقتضى العقد عندهما

ولنا ان مال الكتابة ليس بلازم ولا ماله الى اللزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق فقال ان أدبت الى الفاقنت حر ولان الضامن لا يلزمه أكثر من المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن ولان الضمان تبرع وليس للمكاتب اتبرع ولانه لا يملك الضمان عن حر ولا عن ليس معه في الكتابة فكذلك من معه وأما العقد فصحيح بدليل ان الكتابة لاتفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة

(فصل) إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته نص عليه أحمد في رواية حنبل وكذلك ان اعتق بعضهم وعن مالك ان اعتق السيد أحدهم وكان مكتسباً نفذ عتقه لعدم الضرر فيه وهذا مبني على أنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه

هو العتق ولهذا قال النبي ﷺ « ما نشتة » ابتاعي واعتقي فانما الولاء لمن أعتق » ولما أراد أهلها اشتراط ولائها أنكر ذلك وأخبر ببطلانه وإذا لم يعلم المشتري كونه مكاتباً ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الارش لان الكتابة عيب لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطاء ان كانت أمة وقد انعقد سبب زوال الملك فيه فيملك الفسخ بذلك كمشترى الامه المروجة او العيبة فيتخير حينئذ بين فسخ البيع والرجوع بالثمن وبين امساكه وأخذ الارش وهو قسط ما بينه مكاتباً وبينه رقيقاً فنافي قال كم قيمته مكاتباً أو كم قيمته لو كان غير مكاتب؟ فإذا قيل قيمته مكاتباً مائة وقيمته غير مكاتب مائة وخمسون والثلث مائة وعشرون فقد قصصه الكتابة ثلث قيمته فيرجع بثلث ثمنه وهو أربعون ولا يرجع بالخسين التي نقصت بالكتابة من قيمته على ما قرر في البيع

(فصل) فأما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه فلا يصح ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وابو ثور ، وقل عطاء وعروة بن دينار ومالك يصح لان السيد يملكها في ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله

ولنا انه دين غير مستقر فلم يحز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار انه معرض للسقوط بعجز المكاتب ولانه لا يملك السيد اجبار العبد على أدائه ولا الزامه بتحصيله فلم يحز بيعه كالمدة بالتبرع ولانه غير مقبوض وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض فن باعه فليع باطل وليس للمشتري

(فصل) فان أدى احد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل اداء ما عليه بغير علم سيده لم يصح لان هذا تبرع وليس له التبرع بغير اذن سيده فان كان قد حل نجم صرف ذلك فيه وان لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه وان علم السيد بذلك ورضي بقبضه عن الآخر صح لان قبضه له راضياً مع العلم دليل على الاذن فيه فجاز كما لو اذن فيه صريحاً وان كان الاداء بعد ان عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم فاذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه وكان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به وان اداءه محسباً بالرجوع عليه باذن المؤدى عنه رجع عليه لانه قرض وان كان بغير اذنه لم يرجع عليه لانه تبرع عليه باداء مالا يلزمه اداؤه بغير اذنه فلم يرجع عليه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع وبهذا فارق سائر الديون وان كان باذنه وطلب استيفاءه قدم على اداء مال الكتابة كسائر الديون وان عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون وهذا كله مذهب الشافعي

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفوا بعد الاداء في قدر ما أدى كل واحد منهم فالقول قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه)

وهذا إذا ادوا وعتقوا فقال من كثرت قيمته ادينا على قدر قيمتنا وقال الآخر بل ادينا على السواء فبقيت لنا على الاكثر بقية فمن جمل العوض بينهم على عددهم قل القول قول من يدعي التسوية ومن جمل على كل واحد قدر حصته فننده فيه وجهان (أحدهما) القول قول من يدعي

مطالبة المكاتب بتسليمه اليه وله الرجوع بالثمن على البائع ان كان دفعه اليه فان سلم المكاتب الى المشتري نجومه فيه وجهان (أحدهما) يعتق لان البيع تضمن الاذن في القبض فأشبه قبض الوكيل (والثاني) لا يعتق لانه لم يستنبه في القبض وانما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض أيضاً فاسداً ولم يعتق بخلاف وكيله فانه استنابه، ولو صرح بالاذن فليس بمستنبه له في القبض وانما أذنه بحكم المعاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فان قلنا يعتق بالاداء يرى المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشتري بما قبضه لانه كالثائب عنه فان كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقلها ورجع ذو الفضل بفضله وان قلنا لا يعتق بذلك قال الكتابة باق على المكاتب ويرجع المكاتب على المشتري بما دفعه اليه ويرجع المشتري على البائع فان سلمه المشتري الى البائع لم يصح التسليم لانه قبضه بغير اذن المكاتب فأشبه ما لو أخذه من ماله بغير اذنه فان كان من غير جنس مال الكتابة تراجعاً بما لكل واحد منهما على الآخر وان باعها أخذه بماله في ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جازاً اذا كان ما قبضه السيد باقياً وان كان قد تلف ووجبت قيمته وكانت من جنس مال الكتابة تقاصاً وان كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسبه جاز

(فصل) واذا كانت المكتبة ذات ولد يتبعها في الكتابة فباعها معاً صح لانهما ملكه ولا مانع من بيعهما ويكونان عند المشتري كما كانا عند البائع سواء وان باع أحدهما دون صاحبه او باع أحدهما لرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجوب

التسوية لان ايديهم على المال فيتساوون فيه (والثاني) قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه لان الظاهر ان الانسان لا يؤدي الا ما عليه

(فصل) فان جنى بعضهم فجنيته عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعي وقال مالك يؤدون كلهم ارشه فان عجزوا رقوا

ولنا قول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقول النبي ﷺ «لا ينجي جان إلا على نفسه» ولانه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ههنا ولان ما لا يصح لا يضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالتقصاص وقد بينا ان كل واحد منهما مكاتب بقدر حصته فهو كالثنفرد بمقداره

(فصل) اذا شرط المكاتب في كتابته ان يوالي من شاء فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لانعلم في بطلان الشرط خلافاً لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كانت في بريرة ثلاث قضايا اراد أهلها ان يبيعوها ويشترطوا الولاء فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال «اشتريها واشترطي لم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال «أما بعد

(أحدهما) أنه لا يجوز التفريق بين الأم وولدها في البيع إلا بعد البلوغ في إحدى الروايتين (والثاني) أن الولد تابع لأمه ولها كسبه وعليها نفقته فصار في معنى مملوكها فلم يجوز التفريق بينه وبينها ويحتمل أن يجوز ذلك إذا كان بالثأر لأنه محل للبيع صدر فيه التصرف من أهله ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لها كسبه وأرض الجناية عليه وعليها نفقته ويمتق بمقتضاها كما لو بيع والله أعلم

(فصل) وإن وصى بالمكاتب لرجل فقال أبو بكر قال أحد الوصية به جائزة لأنه يرى بيعه وكذلك هبته ويقوم من انتقل إليه مقام مكاتبه في الأداء إليه وإن عجز عاد إليه رقيقاً له قنا وإن عتق قالوا له كما ذكرنا في المشتري سواء فإن عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصية لأن رقه لا ينافي الوصية وإن أدى وعتق في حياة الموصي بطلت الوصية ومن منع بيع المكاتب منع الوصية فيه وهبته فإن قال إن عجز ورق فهو لك بعد موتي صحت الوصية إذا عجز في حياة الموصي وإن عجز بعد موته لم يستحقه لأن الشرط بطل بموته كما لو قال لعهده إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فلم يدخلها حتى مات عبده وإن قل إن عجزت بعد موتي فهو لك فهذا تعليق للوصية على حصة توجد بعد الموت وقد ذكرنا في صحتها وجهين

(فصل) وإن وصى بكتابه لرجل صحت الوصية لأنها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لا يملكه

فإن أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق إنما الولاء لمن أعتق « متفق عليه ولأن الولاء لا يصح نقله بدليل أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته وقال « إنما الولاء لمن أعتق » ولأنه نكحة كالحنة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالتقاربة ولأنه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير الناكح ولا حكم البيع لغير الماقد وسواء شرط أن يوالي من شاء أو شرط لبائنه أو لرجل آخر بعينه ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط نص عليه أحمد وقال الشافعي تفسد به كما لو شرط عوضاً مجهولاً ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة في البيع ولنا حديث بريرة فإن أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبي ﷺ بشرائها مع هذا الشرط وقال « إنما الولاء لمن أعتق » ويفارق جهالة العوض فإنه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد إلا به وربما أفضت جهالته إلى تنازع والاختلاف وهذا شرط زائد فإذا حذفناه بقي العقد صحيحاً بجأه فإن قيل المراد بقوله عليه السلام « اشترطي لهم الولاء » أي عليهم لأن النبي ﷺ لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على كقوله تعالى (وإن أسأتم فلها) قلنا لا يصح لثلاثة وجوه (أحدها) أنه مخالف وضع اللفظ والاستعمال

(والثاني) أن أهل بريرة أبو هذا الشرط فكيف يأمرها النبي ﷺ بشرط لا يقبلونه؟

في الحال من نعمة شجرة وحل جاريته والموصى له ان يستوفي المال عند حلوله وله ان يبرئ منه فاذا استوفاه أو أبرأه منه عتق المكاتب والولاء لسيدته لانه المنعم عليه وإن عجز المكاتب فأراد الوارث تمجيذه وأراد الموصى له انقاره فالقول قول الوارث لان حق الموصى له في المال ما دام العقد قائما وحق الوارث متعلق به إذا عجزه يرد في الرق وليس للموصى له ابطال حق الوارث من تمجيذه وإن أراد الوارث انقاره وأراد الموصى له تمجيذه لم يكن له لان الحق في التمجيذ والفسخ للوارث ولا حق للموصى له في ذلك ولا بيع لان حقه يسقط به ومتى عجز عاد عبدا للورثة وإن وصى لرجل بما تمجده المكاتب صح لانها وصية بصفة فان عجل شيئا فهو للموصى له وإن لم يعجل شيئا حتى حلت نهيومه بطلت الوصية.

(فصل) وإن وصى بماله الكتابة لرجل وبرقته لآخر صحبت الوصيتان فان أدى الى صاحب المال أو أبرأه منه عتق قال أصحابنا وتبطل وصية صاحب الرقة ، ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له لانه أقامه مقام نفسه في استحقاق الرقة ولو لم يوص بها لكان الولاء له فاذا وصى بها كان الولاء لمن وصى له بها ولانه لو وصى له بالمكاتب مطلقا لكان الولاء له فكذلك اذا وصى برقته لان الولاء يستفاد من الوصية بالرقة دون الوصية بالمال وإن عجز فسخ صاحب الرقة كتابته وكل رقيقا له وبطلت الوصية بالمال وإن كان صاحب المال قد قبض من كتابته شيئا فهو له وإن اختلفا في فسخ الكتابة عند المنجز

(الثالث) ان ثبوت الولاء لما لا يحتاج إلى شرط لانه مقتضى العتق وحكمه ولان في بعض الالفاظ « لا يمنحك هذا الشرط منها ، ابتاعي واعتقي » وانما أمرها النبي ﷺ بالشرط تعريفنا لنا ان وجود هذا الشرط كعدمه وأنه لا ينتقل الولاء عن المقت

(فصل) فان شرط السيد على المكاتب ان يرثه دون ورثته أو مزاحمتهم في موازيتهم فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي واسحاق وإجاز إياس بن معاوية ان يشرط شيئا من ميراثه ولا يصح لانه يخالف كتاب الله وكل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وروى سعيد ثنا هشيم عن منصور عن ابن سيرين بإسناده أن رجلا كاتب مملوكه واشترط ميراثه فلما مات المكاتب خاصم ورثته إلى شريح فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته فقال الرجل ما ينفي شرطي منذ عشرين سنة ؟ فقال شريح كتاب الله أنزل على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله

(فصل) فان شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز وبه قال عطاء وابن شبرمة وأهل مالك والزهري لا يصح لانه ينافي مقتضى العقد أشبه ماله شرط ميراثه

ولنا أنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه أعتق كل من يصلي من سبي العرب وشرط عليهم : ان يخدموا الخليفة من بعدي ثلاث سنوات ولانه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبه ماله شرطها قبل

قدم قول صاحب الرقبة لانه يقوم مقام الورثة على ما بيناه فيما تقدم وقياس هذه المسئلة انه لو وصى لرجل برقبة للمكاتب دون مال الكتابة أنه يصح لان الوصية بالرقبة دون المال صحيحة فيما إذا وصى بها لرجل وحده وأوصى بالمال لآخر

(فصل) وإذا كانت الكتابة فاسدة فأوصى لرجل بما في ذمة المكاتب لم تصح الوصية لانه لا شيء في ذمته، وإن قال وصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح لان الكتابة الفاسدة يؤدي فيها المال كما يؤدي في الصحيحة وإن وصى برقبة المكاتب صح لان الوصية برقبة المكاتب تصح في الكتابة الصحيحة في الفاسدة أولى .

(فصل) وتصح الوصية لمكاتبه لانه مع سيده في المعاملة كالأجنبي ولذلك جاز أن يدفع اليه زكاته فإن قال ضموا عن مكاتبه بعض كتابته أو بعض ما عليه وضموها ما شاءوا قليلا كان أو كثيرا من أول نجومه أو من آخرها وإن قال ضموا عنه نجما من نجومه فاهم أن يضموا أي نجم شاءوا كما لو قال ضموا أي نجم شئتم وسواء كانت نجومه متتقة أو مختلفة لان اللفظ يتناول واحدا منها غير معين وإن قال ضموا عنه أي نجم شاء كان ذلك الى مشيئته فيلزمهم وضع النجم الذي يختار وضمه لأن سيده جعل المشيئة له وإن قال ضموا عنه أكبر نجومه لزمهم أن يضعوا أكبرها مالا لانه أكبرها قدراً، وإن قال ضموا عنه أكبر نجومه لزمهم أن يضموا عنه أكثر من نصفها لان أكثر الشيء يزيد على نصفه

العتق ولانه شرط نفعا معلوما أشبه ما لو شرط عوضا معلوما ولا نسلم انه يناق في مقتضى العتق فان مقتضاه العتق عند الاداء وهذا لا يناق

(فصل) إذا كاتبه على الفين في رأس كل شهر الف وشرط أن يعتق عند أداء الاول صح في قياس المذهب ويعتق عند أدائه لان السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر ديناً عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به

﴿مسئلة﴾ (وتجوز كتابة بعض عبده فاذا أدى عتق كله قاله أبو بكر)

لانها معاوضة فصحت في بعضه كالبيع فاذا أدى جميع كتابته عتق كله لانه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره فالملك أولى ويجب أن يؤدي إلى سيده مثلي كتابته لان نصف كسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ونصفه يؤدي في الكتابة إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع في الكتابة فيصح وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية

﴿مسئلة﴾ (وتجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير إذن شريكه)

إذا كان لرجل نصف عبد فكاتبه صح سواء كان باقيه حراً أو مملوكا لغيره وسواء أذن الشريك أو لم يأذن وهذا ظاهر قول الخرق وأبي بكر وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وحكي عن الحسن البصري والحسن بن صالح ومالك والمنبري وذكره الثوري وجماد ككتابته بغير إذن شريكه، وقال

فاذا كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثة ، وإن كانت ستة وضعوا أربعة ويحتمل أن ينصرف ذلك إلى واحد منها أكبرها مالا بمنزلة قوله أكبر نجومه فإن كانت نجومه متساوية تعين الاحتمال الاول ، وإن قال ضعوا عنه أوسط نجومه فلم يكن فيها إلا وسط واحد تعينت الوصية فيه مثل أن تكون نجومه متساوية القدر والاجل وعددها منفرد فيتمين وضع أوسطها عدداً فاذا كانت خمسة فالأوسط الثالث وإن كانت سبعة فالأوسط الرابع ، وإن كان عددها مزدوجاً وهي مختلفة المقدار فبعضها مائة وبعضها مئتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المئتان فتعين الوصية فيه لانه أوسطها وإن كانت متساوية القدر مختلفة الاجل مثل أن يكون اثنان منها الى شهر وواحد الى شهرين وواحد الى ثلاثة أشهر تعينت الوصية فيها هو الى شهرين لأنها أوسطها

وإن اتفقت هذه الماني الثلاثة في واحد تعينت الوصية فيه وإن كان لها أوسط في القدر وأوسط في الاجل وأوسط في العدد يخالف بعضها بعضاً فذلك الى اختيار الورثة فلم يضع ما شاءوا منها وإن اختلف الورثة والمكاتب فيما أراد الموصي منها فالقول قول الورثة مع إيمانهم انهم لا يطلبون ما أراد الموصي ثم التمين اليهم ومتى كان فيها أوسطان عين الورثة احدهما ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد فإن كان شفعاً كأربعة وستة فأوسطه اثنان وهكذا القول فيما اذا وصى بأوسط نجومه وإن قال ضعوا عنه ماخف أو قال مايتقل أو ماكثر كان ذلك الى تقدير الورثة لان كل شيء يخف

اثرري ان فل رددته إلا أن يكون بعده فيضمن لشريكه نصف ما في يده وقول ابوحنيفة يصح باذن الشريك ولا يصح بغير إذنه وهو أحد قولي الشافعي إلا أن أباحنيفة قل الاذن في ذلك اذن في تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الاذن بشيء منه ، وقال ابو يوسف ومحمد يكون جميعه مكاناً ، وقال الشافعي في أحد قولي ان كان باقية حراً صحت كتابته وإن كان ملكاً لم يصح سواء أذن فيه الشريك أم لم يأذن لان كتابته تقتضي اطلاقاً في الكسب والسفر ملك نصفه ينع ذلك ويعينه أخذ نصيبه من الصدقات ثلاثين كسباً فيستحق سيده نصفه ولانه اذا أدى عتق جميعه فيفضي الى أن يؤدي نصف كتابته ثم يعتق جميعه

ولنا أنه عقد معاوضة على نصيبه فصح كيجه ولانه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ولانه ينفذ اعتاقه فصحت كتابته كالمبد الكامل وكما لو كان باقية حراً عند الشافعي أو أذن فيه الشريك عند الباقيين وقولهم إنه يقتضي المسافرة والكسب وأخذ الصدقة قلنا أما المسافرة فليست من مقتضيات الاصلية فوجود مانع منها لا يمنع اصل العقد ، وأما الكسب وأخذ الصدقة فانه لا يمنع كسبه وأخذه الصدقة بجزئه المكاتب ولا يستحق الشريك شيئاً منه لانه انما يستحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه فكذلك ما حصل به كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر ، وأما الكسب فإن هاباه مالك نصفه فكسب في نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً وإن لم يهايته فكسب

الى جنب ما هو أخف منه كما قال أصحابنا فيما اذا وصى بمال عظيم أو كثير أو ثقل أو خفيف. وإن قال ضعوا عنه أكثر ماعليه وضع عنه النصف وادنى زيادة، وإن قال ضعوا عنه أكثر ماعليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة نصفه فذلك ثلاثة أرباع وادنى زيادة وإن قال ضعوا عنه أكثر ماعليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها فيضح في الكتابة ويبطل في الزيادة لعدم محلها، وإن قال ضعوا عنه ماشاء فشاء وضع كل ماعليه بوضع ماعليه لأن وصيته تتناول له وإن قل ضعوا عنه ماشاء من مال الكتابة لم يكن له وضع الكل لأن من التبعض فلا تتناول الجميع ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنعو ما ذكرناه

(مسئلة) قال (وإذا اشترى المكاتب أباه أو ذارحه من المحرم عليه نكاحه لم يتقوا حتى يؤدي وعده في ملكه فإن عجز فهم عيب له)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أحدهما) أنه يصح أن يشتري من ذوي أرحامه من يعتق عليه بغير إذن سيده وهذا قول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي

وقال الشافعي لا يصح لأنه تصرف يؤدي إلى اتلاف ماله لأنه يخرج من ماله ما يجوز له التصرف فيه في مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه فأشبه المبة فإن إذن له سيده فيه فنهم من قل يجوز قولاً واحداً وهو قول مالك لأن المنع لحق سيده فجاز باذنه ومنهم من قل فيه قولان

بجهاته شيئاً كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكتاتب ولسيده الباقي لأنه كسبه بجزئه الملوكة فيه فأشبه ما لو كسب قبل كتابته فقسم بين سيده وقولم أنه يفتي إلى أن يؤدي بعض الكتابة فيعتق جميعه قلنا يبطل هذا بما لو عاق عتق نصيبه على أداء مال فانه يؤدي عوض البعض ويعتق الجميع على أنا نقول لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة فإن جميع الكتابة هو الذي كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شيء فلا يعتق حتى يؤدي جميعها ولا يعتق الجميع بالأداء وإنما يعتق الجزء المكتاتب لا غير وباقه إن كان المكتاتب معسراً لم يعتق وإن كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمتنع هذا بأكمله اعتق بعضه عتق جميعه وإذا جاز عتق جميعه باعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجري مجرى العتق (مسئلة) (وإذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الآخر عتق كله إن كان الذي كاتبه موسراً وعليه قيمة حصه شريكه)

وجملة ذلك أن أحد الشريكين إذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم تعد الجزء الحر الذي كاتبه لأن الكتابة عقد معاوضة فلم تسر كالبيع وليس للعبد أن يؤدي إلى مكاتبه شيئاً حتى يؤدي إلى شريكه مثله سواء أذن الشريك في كتابته أو لم يأذن لأنه إنما أذن في كتابة نصيب شريكه وذلك يقتضي أن يكون نصيبه باقياً له هذا إذا كان الكسب لجميعه فإن أدى الكتابة من جميع كسبه لم

ولنا انه اشترى مملوكا لا ضرر في شرائه فصح كالأجنبي وبيانه انه يأخذ كسبهم ، وان عجز صاروا رقيقاً لسيد ، ولانه يصح ان يشتريه غيره فصح شراؤه له كالأجنبي ويفارق الهبة لانها تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع الى المكاتب ولا السيد ولانه تحقق السبب وهو صدور التصرف من اهله في محله ولم يتحقق المانع لان ما ذكره لا نص فيه ولا أصل له يقاس عليه

(الفصل الثاني) انهم لا يعتقون بمجرد ملكه فلم لانه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق فلا يقع بالشراء الذي أقيم مقامه ولا يجوز له بيعهم ، لا هبتهم ولا اخراجهم عن ملكه . وقال اصحاب الرأي له بيع من عدا المولودين والوالدين لانهم ليست قرابتهم قرابة حرية ولا تمصية فأنشبهوا الاجانب ولنا انه ذو رحم يعتق عليه إذا عتق ولا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولانه لا يملك بيعهم إذا كان حراً فلا يملكه مكانياً كوالديه ولانهم نزلوا منزلة أجزائه فلم يملك بيعهم كبدن كذا أدى وهم في ملكه عتقوا لانه كل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا حينئذ ولو لاؤم له دون سيدهم لانهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه فيكونون بمنزلة ما لو اشترى بعد عتقه وان عجز ورد في الرق صاروا عبيداً للسيد لانهم من ماله فيصيرون للسيد بعجزه كعبيده الاجانب

(فصل) وكسبهم للمكاتب لانهم مملوكه ونفقتهم عليه بحكم الملك لا بحكم القراية وان أعتقهم السيد لم يعتقوا لانه لا يملكهم فلا يملك التصرف فيهم وان أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا

يعتق لان الكتابة الصحيحة تقتضي العتق ببراءته من العوض وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له وان أدى اليها جميعاً عتق كله لان نصفه يعتق بالاداء فاذا عتق سري الى سائر ان كان الذي كاتبه موسراً وتلزمه قيمة نصيب شريكه لان عتقه بسبب من جهته أشبه ما لو باشره بالعتق او علق عتق نصيبه بصفة فعتق بها فأما ان ملك شيئاً بجزئه المكاتب كن هاباه سيده فكسب شيئاً في نوبته أو أعطي من الصدقة من سهم الرقاب فلا حق لسيد فيه وله أداء جميعه في كتابته لانه يستحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبه النصف الباقي بعد إعطاء الشريك فلو كان ثلثه حراً وثلثه مكاتباً وثلثه رقيقاً فورث بجزئه الحر ميراثاً وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله في كتابته لانه ما استحق بجزئه الرقيق شيئاً منه فلا يستحق ماله منه شيئاً وإذا أدى جميع كتابته حقيق فان كان الذي كاتبه معسراً لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما اذا واجه بالعتق إلا على الرواية التي تقول فيها بالاستسعاء فانه يستسمى في نصيب الذي لم يكاتب وان كان موسراً أمرى الى باقيه

﴿مسئلة﴾ (وان أعتق الشريك قبل أدائه عتق عليه كله إن كان موسراً وعليه قيمة نصيب المكاتب وقال أبو بكر والناضي لا يسري الى النصف المكاتب)

لانه قد انعقد للمكاتب سبب الولاء فلا يجوز ابطاله الا أن يعجز فيقوم عليه حينئذ ، وقال ابن أبي ليلى عتق الشريك موقوف حتى تنظر ما يصنع في الكتابة فان أداها عتق وكان المكاتب

لتطلق حق سيده بهم وان أعتقهم بأذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده وان أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقاً للسيد كما لو عجز لان كتابته تبطل بعته كما تبطل بموته وعلى ما اخترناه يمتقون لانه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالبراء من مال الكتابة او بادائه يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكتسابه ويبقى حق السيد في ملك رقبته على وجه لا يزول الا بالاداء او ما يقوم مقامه فلا يتسلط السيد على ابطالها فيما يرجع الى ابطال حق المكاتب وانما يتسلط على ابطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مال المكاتب ، وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى ، وان مات المكاتب ولم يخلف وفاء عاد رقيقاً ، وقال ابو يوسف ومحمد يسعون في الكتابة على عجمها ، وكذلك ام ولده ، وقال ابو حنيفة في الولد خاصة ان جاء في بالكتابة حالة قبلت منه عتق

ولنا أنه عبد للمكاتب فصار بموته لسيده إذا لم يخلف وفاء كالأجنبي وان خلف وفاء انبنى على الروايتين في فسخ الكتابة على ما تقدم

(فصل) وان وهب له بعض ذوي رحمه فله قبوله ، وان وصى له به فله قبول الوصية لانه اذا ملك شراءه مع ما فيه من بدل ماله فلان يجوز تغير عوض أولى واذا ملكه فحكمه حكم مالوا اشتراه (فصل) ويجوز أن يشتري المكاتب امرأته والكتابة زوجها لان ذلك يجوز لتغير المكاتب فجاز

ضاماً لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب وان عجز سرى عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وولاؤه كله له وانما الشافي فلا يجوز كتابته الا باذن شريكه في أحد قوله فان كاتبه باذن شريكه فأعتق الذي لم يكتب قبل يسري في الحل أو يقف على العجز ؟ فيه قولان ولنا أنه عتق لجزء من المبدمن موسر غير محجور عليه فسرى إلى باقيه كالقن وقولهم انه ينفضي الى ابدال الولاء قلنا إذا كان المتق يؤثر في ابطال الملك الثابت الذي الولاء من بعض آثاره فلان يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى ولانه لو أعتق عبداً له اولاد من معتقة قوم نقل ولأهم اليه فاذا نقل ولأهم الثابت باعتاق غيرهم فلان ينقل ولأهم لم يثبت بعد باعتاق من عليه الولاء أولى ولانه نقل الولاء عن لم يفرم له عوضاً فلان ينقله بالمعوض أولى فانتقال الولاء في موضع جر الولاء ينه على سرية المتق وانتقال الولاء الى المتق لكونه أولى من ثلاثة أوجه (أحدها) أن الولاء ممتثل وهذا بعرض الثبوت (الثاني) أن انتقال حصل ممتثل باعتاق غيره وههنا باعتاقه (الثالث) أنه انتقل بغير عوض وههنا بعوض

(فصل) وإن كان المتق معسراً لم يسر عتقه وكان نصيبه جراً وباقيه على الكتابة فان أدى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما وان عجز عاد الجزء للمكاتب رقيقاً قلنا إلا على الرواية التي تقول يستسمى العبد فانه يستنى عند عجزه في قيمة باقيه ولا يستسمى في حال الكتابة لان الكتابة سماية فيما اتفقا

للمكاتب كشراء الاجانب وينفسخ النكاح بذلك وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا ينفسخ لان
المكاتب لا يملك بدليل أنه لا يجوز له التسري ولا يعتق والده وولده إذا اشتراه فأشبهه المبدلقن
ولنا أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه ثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ويجري الربا
بينه وبينه وأنا منع من التسري لعلق حق سيده بما في يده كما يمنع الرهن من الوطع مع ثبوت ملكه ولم
يعتق عليه ذوو رحمه لذلك فاذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه لأنه أجنبي منه
(فصل) وإذا زوج السيد ابنه من مكاتبه برضاها ثم مات السيد وكانت من ورثته انفسخ
النكاح وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا ينفسخ النكاح لانها لا ترثه وإنما تملك نصيبها من الدين الذي
عليه بدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب من الدين عتق وكان الولاء لليت لالوارث فان عجز وعاد
رقيقاً انفسخ النكاح حيثئذ لانها تملك نفسها منه

ولنا أن المكاتب مملوك لسيده لا يعتق بموته فوجب أن ينتقل الى ورثته كسائر أملاكه ولانها
لا يجوز لها ابتداء نكاحه لاجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كالمبدلقن وأما كون الولاء
للبيت فلان السبب رجد منه فحسب المتيق اليه وثبت الولاء له إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله
او ترث نصيبها منه لانها إذا ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل في باقيه لأنه لا يتجزأ وكذلك
لو اشترت زوجها أو جزءاً منه او ورثت شيئاً من المبدلقن بطل نكاحها وان كانت لا ترث أباهما لما منع من
موانع الميراث فنكاحها باق بحاله والحكم في سائر الورثة من النساء كالحكم في البنات وكذلك لو تزوج رجل
مكاتبه فورثها او ورث شيئاً منها انفسخ نكاحه لذلك والله أعلم

عليه فاستغني بها عن السعاية فيما يحتاج الى التقويم فاذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع الى
السعاية في القيمة وحديث ابن عمر حجة لما ذهبنا اليه وهو ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال
« من اعتق شركاً له في عبد فإن كان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل واعطي شركاؤه
حصصهم وعتق جميع العبد والا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه ورواه مالك في الموطأ عن نافع عن
ابن عمر وهذا الحديث حجة على من خالفه وهذا قول الحنفي والله تعالى أعلم
﴿ مسألة ﴾ (وإن كاتباً عبداً جاز سواء كان على التساوي أو التفاضل ولا يجوز أن يؤدي
اليهما إلا على التساوي)

إذا كان العبد لرجلين فكاتباه معا سواء تساوا في الموض أو اختلفا فيه وسواء اتفق نصيباهما
فيه أو اختلفا وسواء كان في عقد واحد أو عقدين صح وبهذا قول ابو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز
أن يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك ولا التساوي في المال مع التفاضل في الملك لان ذلك
يؤدي إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر لأنه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز
رجع عليه الآخر بذلك

مسئله قال (واذا كان العبد لثلاثة فجاء بثلاثمائة درهم فقال بيعوني نفسي بها فاجابوه فلما عاد اليهم ليكتبوا له كتابا أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئا وشهد الرجلان عليه بالأخذ فقد صار العبد حرا بشهادة الشريكين اذا كانا عدلين ويشاركهما فيما أخذا من المال وليس على العبد شيء)

اعترض على الخرق في هذه المسئلة حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما في يده مع أنه قد ذكر في باب العتق إذا قل العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال واعتقني فاشترى بعين المال كان الشراء والعتق باطلين ويكون السيد قد أخذ ماله وقد أجاب القاضي عن هذا الاشكال بوجوه منها أن يكون مكاتباً وقوله بيعوني من نفسي بهذه أي أعجل لكم الثلاثمائة وتضعون عني ما بقي من كتابتي ولهذا ذكرهما في باب المكاتب (الثاني) أن يكون الدل في يد العبد لاجبي قال له اشتر نفسك بها من غير أن يملكه اياها (الثالث) أن يكون عتقاً بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر (الرابع) أن يكون رضي سادته ببيعه نفسه بما في يده وفلهم ذلك معه اعتاق منهم له مشروطاً بتأدية ذلك اليهم فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الاداء كما لو قل بعتك

ولنا أن كل واحد منهما يقدر على نصيبه عقد معاوضة فجاز أن يختلما في العوض كالبيع وما ذكره لا يلزم لان انتفاع أحدهما بمال الآخر إنما يكون عند المعجز وليس ذلك من مقتضيات العقد وإنما يكون عند زواله فلا يضر ولأنه إنما يؤدي اليهما على التساوي فإذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين فلم يكن أحدهما منتفعاً الا بما يقابل ملكه وعاد الأمر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق كأنه لم يزل فان قيل فالتساوي في الملك يقتضي اتساوي في أدائه اليهما ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسري الى نصيب صاحبه ويرجع الآخر عليه بنصف قيمته فلما يمكن أداء كتابته اليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ويمكن ان يكاتب أحدهما على مائة في نجمين في كل نجم خمسون ويكاتب الآخر على مائتين في نجمين في الاول خمسون وفي الثاني مائة وخمسون فيكون وقتهما واحداً فيؤدي الى كل واحد منهما حقه على أن أصحابنا قد قالوا لا يسري العتق الى نصيب الآخر ما دام مكاتباً فلا يفضي الى ما ذكره وان قدر افضاؤه اليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فانه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ويمكن سرية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلي قيمته فإذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم اليه باقي المال وحصل له ولواء العبد ولا ضرر في هذا ثم لو كان فيه ضرر لكنه قد رضي به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه والضرر المرضي به من جهة الضرر لا عبرة به كما لو باشره بالعتق أو أبرأه من مال الكتابة فإنه يعتق عليه ويسري عتقه ويغرم لشريكه وهو جائز فهذا أولى بالجواز

نفسك بخدمتي سنة فان منافعه مملوكة لسيدته وقد صح هذا فيها فكان ههنا وهذا الوجه اظهرها ان شاء الله تعالى لانه لا يحتاج الى تأويل ومتى أمكن حل الكلام على ظاهره لم يجوز تأويله بغير دليل واذا تعذر هذا ففي اشترى العبد نفسه من سادته عتق لان البيع يخرج من ما لهم ولا يثبت عليه ملك آخر الا أنه ههنا لا يعتق الا بالقبض لانا جعلناه عتقا مشروطا بالقبض ، وبهذا قال الخري قد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض ولو عتق بالبيع لعتق باعترافيهم به لا بالشهادة بالقبض ومتى أنكر احدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكه فكانا عدلين قبلت شهادتهما لانهما عدلان شهدا للعبد باده ما يعتق به قبلت شهادتهما كالأجنبيين ورجح المشهود عليه ما فيشار كهما فيما أخذاه لانهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد والعبد مشترك بينهما فثمنه يجب ان يكون بينهما ولان ما في يد العبد لم والذي أخذاه كان في يده فيجب أن يشترك الجميع فيه ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركته لهما فيه نفع لهما فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت شهادتهما فيما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به كما لو اقر بشيء بغيرهما لهما فيه نفع فان اقرارهما يقبل فيما عليهما دون ما لهما

وقياس المذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض لانهما يدفعان بها عن انفسهما مفرما ومن شهد شهادة جر الى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل وانما يقبل ذلك في الاقرار لان العدالة

(فصل) ولا يجوز ان يختلفا في انتزيم ولا ان يكون لاحدهما في النجوم قبل النجم الآخر أكثر من الآخر في أحد الوجهين لانه لا يجوز ان يؤدي اليهما إلا على السواء ولا يجوز تقديم أحدهما بالوفاة على الآخر واختلافهما في ميعات النجوم وقدر المؤدى يفضي إلى ذلك (والثاني) يجوز لانه يمكن ان يجعل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطي من قل نجمه أكثر من الواجب له ويمكن ان يأذن له أحدهما في الدفع الى الآخر قبله أو أكثر منه ويمكن ان ينظره من حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه وإذا أمكن افضاء المقد إلى مقصوده فلا يبطله باحتمال عدم افضاء إليه

(فصل) وليس للمكاتب ان يؤدي الى أحدهما أكثر من الآخر ولا يقدم أحدهما على الآخر ذكره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي قال شيخنا لا أعلم فيه خلافا لانها سواء فيه فيستويان في كسبه وحققا متعلق بما في يده تعلقاً واحداً فلم يكن له ان يخص أحدهما بشيء منه دون الآخر ولأنه ربما عجز فيعود الى الرق ويتساويان في كسبه فيرجح أحدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة فان قبض أحدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض وللآخر ان يأخذ منه حصته إذا لم يكن اذن في القبض فان اذن فيه ففيه وجهان ذكرهما أبو بكر (أحدهما) يصح لان النفع لحقه فجاز يأذنه كما لو اذن المرهن للراهن في التصرف فيه أو اذن المشتري للبائع في قبض للبيع قبل أن يوفيه

غير معتبرة فيه والتمه لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين باقرارهما ويبقى نصيب للشهود عليه موقوفاً على القبض وله مطالبة بنصيبه او مشاركة صاحبه فيما اخذ فان شاركهما اخذ منهما ثلثي مائة ورجع على العبد بتمام المائة ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء لانه ان اخذ من العبد فهو يقول ظلمي وأخذ مني مرتين وان اخذ من الشاهدين فما يقولان ظلمنا وأخذ منا ما لا يستحقه علينا ولا يرجع الظلوم على غير ظالمه وان كانا غير عدلين فكذلك سواء قلنا ان شهادة العدلين مقبولة أو لا لان غير العدل لا تقبل شهادته وانما يؤخذ باقراره فان أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق اذ حلف الا أن يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما لانهما لا يجبران الى أنفسهما بهذه الشهادة نفماً

(فصل) واذا كان العبد بين شريكين فكتاباه بمائة فدعى دفعها اليهما بصدقه عتق فان أنكر او لم تكن بينة فالقول قولهما مع ايمانها وان اقر احدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر واما المنكر فعلى قول الخرقى تقبل شهادة شريكه عليه إذا كان عدلاً فيحلف العبد مع شهادته ويصير حراً ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه وأما القياس فيقتضي أن لا تسمع شهادة شريكه عليه لانه يدفع بشهادته عن نفسه مغرماً والقول قول سيده مع يمينه فإذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون لان ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما فان قيل فالمنكر ينكر

منه أو اذا للمكاتب في التبرع ولانها لو اذنا له في الصدقة بشيء صح قبض المصدق عليه له كذلك ههنا (والثاني) لا يجوز وهو اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي واختيار المزني لان ما في يد المكاتب ملك له فلا ينفذ اذن غيره فيه وانما حق سيده في ذمته والاول أصح ان شاء الله تعالى لان الحق لم لا يخرج عنهم فإذا اتفقوا على شيء فلا وجه للنزع وقولهم إنه ملك للمكاتب تعليق على العلة ضد ما تقتضيه لان كونه ملكاً له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره وانما النزع لتمام حق سيده به فإذا اذن زال المانع فصح التقبض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ثم يطل بما ذكرنا من المسائل فعلى هذا الوجه اذا دفع الى احدهما مال الكتابة باذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لانه استوفى حقه ويسري العتق الى باقيه ان كان موسراً وعليه قينة حصاة شريكه لان عتقه بسببه وهذا قول الخرقى ويضمنه في الحال بنصف قيمته م كاتباً مبقى على ما بقي من كد ابته وولاؤه كله وما في يده من المال الذي لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه لان نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصاة ما عتق بالكتابة للعبد وحصاة ما عتق بالسراية للسيد وعلى ما اختاره شيخنا يكون الباقي كله للعبد لان الكسب كان ملكاً له فلا يزول ملكه عنه بعته كما لو عتق بالاداء وقال أبو بكر والقاضي لا يسري العتق في الحال وانما يسري عند عجزه فعلى قولهما يكون باقياً على الكتابة فان أدى الى الآخر عتق عليها وولاؤه لهما

قبض شريكه فكيف يرجع عليه؟ قلنا إنما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ويجوز أن يكون قد قبض فلم يعلم به وإذا أقر بمتصور لزمه حكم أقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه فإن قيل لو كان عليه دين لاثنتين فوفى أحدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم يرجع ههنا قلنا إن كان الدين ثابتاً بسبب واحد فما قبض أحدهما منه يرجع الآخر عليه كسائلتنا وعلي أن هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم إنما يتعلق بذمته فحسب والسيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب ولا بدفع شيئاً منه إلى أحدهما إلا كان حق الآخر شيئاً فيه

إذا ثبت هذا فإنه إن رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك فيه على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء، لأنه إنما قبض حقه وإن رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذه منه لما ذكرنا من قبل، وأرجز العبد عن أداء ما يرجع به عليه فله تعجيله واسترقاقه ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ورجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسري الحرية فيه لأن الشريك والعبد يستندان أن الحرية ثابتة في جميعه وإن هذا للنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه ظالم باسترقاقه والنكر يدعي رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شيء منه لأنه يزعم أني ما قبضت نصيبي من كتابته وشريكي أن قبض شيئاً قد استحق نصفه بغير إذني

وما يبقى في يده من كسبه فهو له وإن عجز وفسخت الكتابة قوم على الذي أدى إليه وكان ولاؤه كله له وتنسخ الكتابة في نصفه، وإن مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق ولبيده الذي لم يعتق نصيبه إن يأخذ مما خلفه مثلاً أخذه شريكه من مال الكتابة وله نصف ما يبقى والباقي لورثة العبد فإن لم يكن له وارث من نسبه فهو للذي أدى إليه بالولاء وإن قلنا لا يصح القبض فأخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب لأنه لم يستوف عوضه ولنير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبض بنير أذنه وإن لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب إليه كتابته صح وعتق عليها جميعاً، وإن مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه فقد مات عبداً ويستوفي الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذ صاحبه والباقي بينهما قال أحمد في رواية ابن منصور في عبيدين رجلين كتاباه فأدى إلى أحدهما كتابته ثم مات وهو يسعى للآخر لمن ميراثه؟ قال أحمد كل ما كسب العبد في كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما أخذ وميراثه بينهما قال ابن منصور: قال اسحاق بن راهويه كما قال

(فصل) فإن عجز مكاتبها فلها الفسخ والإمضاء فإن فسخت جميعاً أو أمضت الكتابة جاز ما اتفقا عليه وإن فسخ أحدهما وأمضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقاً قلنا ونصفه مكاتباً وقال القاضي تنسخ الكتابة في جميعه وهو مذهب الشافعي لأن الكتابة لو بقيت في نصفه لمعاد ملك الذي فسخ الكتابة إليه ناقصاً

فلا يمتنع شيء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين لأن السراية إنما تكون فيما إذا عتق بعضه وبقي بعضه رقيقاً وجميعهم يتفقون على خلاف ذلك وهذا المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه

(فصل) فإن ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما ليدفع إلى شريكه حقه وبأخذ الباقي وأنكر المدعى عليه حلف وبرئ وإذا قال إنما دفعت إلي حتى وإلى شريكه حقه ولاينة للعبد قال قول المدعى عليه في أنه لم يقبض إلا قدر حقه مع يمينه ولا نزاع بين العبد وبين الآخر لأنه لم يدع عليه شيئاً وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبة بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه فإن اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين وإن اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً لأنه لو أقر بذلك لسقط حقه من الرجوع فإذا أنكره لزمته اليمين فإن شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعينين (أحدهما) أن المكاتب لم يدع عليه شيئاً وإنما تقبل البيعة إذا شهدت بصدق المدعي (والثاني) أنه يدفع عن نفسه مفرماً فإن عجز العبد فاختار القابض أن يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه لأن العبد معترف برقه غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف البقي قبلها ، ويحتمل أن لا تقوم أيضاً لأن القابض يدعي حرية جميعه والملك يدعي ما يوجب رقبه جميعه فانهما يقولان ما قبضه قبضه بغير حق ولا يمتنع حتى يسلم إلى مثل ما سلم إليه فإذا كان أحدهما يدعي رقبه جميعه والآخر يدعي حرية جميعه فما اتفقا على حرية البعض دون البعض

ولنا أنها كتابة عن ملك أحدهما فلم تنسخ بفسخ الآخر كما لو انفرد بكتابه ولا نها عقدان مفردان فلم يفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع وما حصل من القبض لا يمنع لأنه إنما حصل ضمناً لتصرف الشريك في نصيبه فإذا لم يمنع العقد في ابتدائه فلان لا يطله في دوامه أولى ولأن ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزال بفسخ عقد غيره ولأن في فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيداه وليس دفع الضرر عن الشريك الذي فسخ بأولى من دفع الضرر عن الذي لم يفسخ لوجوه ثلاثة (أحدها) أن ضرر الذي فسخ حصل ضمناً لبقاء عقد شريكه في ملك نفسه وضرر شريكه يزول بزوال عقده وفسخ تصرفه في ملكه (الثاني) أن ضرر الذي فسخ لم يعتبره الشرع في موضع ولا أصل لما ذكره من الحكم ولا يعرف له نظير فيكون بمنزلة المصالح المرسلة التي وقع الإجماع على أطرافها وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقود من بيعه وهبته وغير ذلك فيكون أولى

(الثالث) أن ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر الفاسخ لا يعتد به ، ثم لو قدر تساوي الضررين لوجب إبقاء الحكم على ما كان عليه ولا يجوز أحداث الفسخ من غير دليل راجح (فصل) وإذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان في يده مال فهو لسيداه سواء كان من كسبه أو صدقة تطوع أو وصية وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان (أحدهما) هو لسيداه وهو قول

(الغني والشرح الكبير) حكم ما لو اعترف المدعي بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب ٤٦٣

(فصل) وان اعترف المدعي بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب وقال قد دفعت إلى شريكي نصفها فأنكر الشريك فاقول قوله مع يمينه وله مطالبة من شاء منها بجميع حقه والمرجوع عليه أن يحلفه ، فان رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك لأنه اعترف بقبض المائة كلها ويعتق المكاتب لأنه وصل إلى كل واحد منها قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه شيء لأنه يعترف له بأداء ما عليه وبراءته منه وإنما يزعم أن شريكه ظلمه ولا يرجع على غير ظالمه فان رجع على العبد قل أن يأخذ منه الحسين لأنه يزعم أنه ما قبض شيئاً من كتابته وللعبد الرجوع على ائقايض بها سواء صدقه في دفعها إلى النكر أو كذبه لأنه وان دفعها فقد دفعها دفعاً غير مبر فكلان مفرطاً ويعتق العبد بأدائها فن عجز عن أدائها فله أن يأخذها من ائقايض ثم يسلمها فان تمذر ذلك فله تعجيله واسترقاق نصفه ومشاركة ائقايض في الحسين التي قبضها عوضاً عن نصيبه ويقوم على الشريك ائقايض إن كان موسراً إلا أن يكون العبد يصدقه في دفع الحسين إلى شريكه ولا يقوم لأنه يعترف أنه حر وأن هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر وإن أمكن الرجوع على ائقايض بالحسين ودفعها إلى النكر فامتنع من ذلك فهل يملك الذكر تعجيله واسترقاق نصفه ؟ على وجهين بناء على اقول في تعجيل العبد نفسه مع القدرة على الاداء أن قلنا له ذلك فلانمكر استرقاقه وان قلنا ليس له ذلك فليس للنكر استرقاقه لأنه قادر على الاداء فن قيل فلم لا يرجع النكر على ائقايض بنصف

أبي خنيفة وقال عطاء يحمله في السبيل أحب إلي وإن أسكه فلا بأس (والرواية ثمانية) يؤخذ ما بقي في يده فيجعل في المكاتبين قلها حنبل وهو قول شريح والنخعي والثوري واختار أبو بكر والقااضي أنه يرد إلى أربابه وهو قول إسحاق لأنه انما دفع اليه ليصرف في العتق فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالأزي والغارم وابن السبيل

ووجه الزواية الأولى أن ابن عمر رد مكاتباً في الرق فأمسك ما أخذه منه ولأنه يأخذ الحاجة فلم يرد ما أخذه كالتعير والسكين ، وأما الغازي فأنه يأخذ الحاجة اليه بقدر ما يكفي لغرضه . فأما الغارم فان غرم لأصلاح ذات البين فهو كالتأذي يأخذ الحاجة اليه وإن غرم لمصلحة نفسه فهو كسئلنا لا يرد (فصل) فأما ما أداه إلى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال لأن المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ملكاً مستقراً فلم يزل ملكه عنه كما لو عتق المكاتب ويقارن ما في يد المكاتب فان ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا والخلاف في ابتداء ثبوته وما تلف في يد المكاتب لم يرجع به عليه سواء عجز أو أدى لأن ماله تلف في يده أشبه ماو تلف في يد سائر أصناف الصدقة وإن اشترى به عرضاً وعجز والعرض في يده ففيه من الخلاف مثل ما لو وجدته بعينه لأن العرض عوضه وقائم مقامه فأشبه ما لو أعطى الغازي من الصدقة ما اشترى به فرساً وسلاحاً ثم فضل عن حاجته (فصل) وموت المكاتب قبل الاداء كمعجزه فيما ذكرنا لأن سيده يأخذ ما في يده قبل حصول

ما قبضه إذا استرق نصف العبد ؟ قلنا لانه لو رجع عليه بها . كان قابضاً بجميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك إلا أن يتعذر قبضها في نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة في بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم .

مسئلة قال (واذا قال السيد كاتبك على ألفين وقال العبد علي ألف فالتقول قول السيد مع يمينه) .

قال القاضي هذا للذهب نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية الكوسج ، وهو قول الثوري والاوزاعي وإسحاق وقال أبو بكر اتفق أحمد والشافعي على أنها يتحالفان ويترادان وهو قول أبي يوسف ومحمد لأنها اختلفا في عوض المقد القائم بينهما فيتحالفان إذا لم تكن بينة كالتبايعين وحكي عن أحمد رضي الله عنه رواية ثالثة أن القول قول المكاتب ، وهو قول أبي حنيفة لانه منكر للألف الزائد والقول قول النكر ولانه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » .

ولنا انه اختلاف في الكتابة فالتقول قول السيد فيه كالأول اختلفا في أصاها ويقارن البيع من وجهين

مقصود الكتابة وإن أدى وبقي في يده شيء فحكمه في رده واخذه حكم سيده في ذلك عند عجزه لانه مال لم يؤده في كتابته بقي بعد زوالها ، فإن كان قد استدان ما أداه في الكتابة وبقي عنده من الصدقة ما يقضي به دينه لم يلزمه رده لانه محتاج اليه بسبب الكتابة فاشبه ما يحتاج اليه في ادائها (فصل) إذا قال السيد لمكاتبه متى عجزت بعد موتي فأنت حر فهذا تعاقب للحرية على صفة تحدث بعد الموت وفيه اختلاف ذكرناه ، فإن قلنا لا يصبح فلا كلام وإن قلنا يصبح فتق عجز بعد الموت صار حراً بالصفة ، فإن ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق لانه لم يجب عليه شيء يعجز عنه . وإن كان بعد حلوله ومنعه ما يؤديه لم يقبل قوله لانه غير عاجز وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق وإن كذبوه فالتقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم المال وعجزه فإذا حلف عتق وإذا عتق بهذه الصفة كان مافي يده له إن لم تكن كتابته فسخت لان العجز لا تنفسخ به الكتابة وإنما يثبت به استحقاق الفسخ والحرية يحصل به بأول وجوده فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته فيكون مافي يده له كما لو عتق بالأبراء من مال الكتابة ومقتضى قول بعض اصحابنا أن كتابته تبطل ويكون مافي يده لورثة سيده

(فصل) إذا كاتب عبداً في صحته ثم اعتقه في مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة

(أخذهما) أن الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار إليه والأصل في المكاتب وكسبه أنه لسيده فالقول قوله فيه

(والثاني) أن التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة فإن الحاصل منه يحصل يمين السيد وحده ويان ذلك أن الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد إلى الرق إذا لم يرض بما حلف عليه سيده وهذا يحصل من جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته وإنما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع لأن الأصل معه والأصل هنا مع السيد لأن الأصل ملكه العبد وكسبه. فإذا ثبت هذا فحق حلف السيد بكتابة بألفين كما لو اتفقا عليها وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده مثل أن يدفع إليه ألفين فيعتق ثم يدعي المكاتب أن أحدهما عن الكتابة والآخر ودية ويقول السيد هما جميعاً مال الكتابة ومن قال بالتحالف قال إذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة إلا أن يرضى بقول صاحبه وإن كان التحالف بعد العتق في مثل الصور التي ذكرناها لم ترتفع الحرية لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا إعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى إليه ، فإن كان من جنس واحد تقاصاً بقدر أقلها وأخذ ذو الفضل فضله :

(فصل) وإن اختلفا في أداء النجوم فقال المكاتب أديت وعتقت وانكر السيد فالقول قول

المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فانا نعتبر قيمته دون مال الكتابة وهي تخرج من الثلث وإن كان بالعكس اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها وإنما اعتبرنا الأقل لأن قيمته إن كانت أقل فهي قيمة ما اتلف بالاعتاق ومال الكتابة ما استقر عليه فان للعبد إسقاطه بتمجيز نفسه أو بمتنع من أدائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه لأنه ينبق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواء وقد ضعف ما كره فيه وصار عوضه . وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث مثل أن يكون ماله سوى المكاتب مائة فانا نضم الأقل من قيمته أو مال الكتابة ونعمل بحسابه قيمته منه ثلثاً ويبقى ثلث مال الكتابة فإن أداه عتق وإلا رق منه ثلثه ويحتمل أنه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فيبقى ثلثه بخمسين فأداهما أن تقول قد زاد مال الميت لأنه حسب على الورثة بمائة وحصل لهم ثلثه خمسون فقد زاد مال الميت فينبغي أن يزيد ما يعتق منه لأن هذا المال يحصل لهم بمقدار السيد والأثر عنه ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه لأن ربهما يجب إيتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت فإن كان ثلاثة أرباع مال الكتابة مائة وخمسين وقيمة العبد مائة والميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم ثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين وذلك نصف تسعة فصار العتق ثابتاً في ثلثيه ونصف تسعة

السيد مع يمينه لانه منكر والقول قول النكر وان اختلفا في ابرائه من مال الكتابة أو شي منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك

(فصل) وان كاتب عدين واستوفى من أحدهما ولم يدر من أيهما استوفى فقياس المذهب أن يقرع بينهما فمن خرجت له اقرعة عتق ورق الآخر كما لو اعتق عبداً من عبيده وأنسيه فان ادعى الآخر عليه انه أدى فعليه اليمين انه ما أدى اليه فان نكل عتق الآخر فان مات السيد قبل القرعة اقرع الورثة فان ادعى الآخر عليهم انه المؤدي فعليه اليمين انهم لا يعلمون انه أدى لانها يمين على نفي فعل الغير فان أقام احد العبدین بينة انه أدى عتق سواء كان قبل القرعة أو بعدها في حياة السيد أو بعد موته فان كان ذلك قبل القرعة تبين الحرية فيه ورق الآخر وان كان بعدها فكذلك لأن القرعة ليست عتقا وانما هي معينة للعتق والبينة أقوى منها فثبت بها خطأ القرعة فتبين بقاء الرق في الذي ظننا حرته كما تبيننا حرية من ظننا رقه ولان من لم يؤد لا يصير مؤديا بوقوع القرعة فلا يوجد حكمه الذي هو العتق يخرج على قول أبي بكر وابن حامد أن يعتقا على ما ذكرناه في الطلاق وكذلك الحكم فيما اذا ذكر السيد المؤدي منها ومتى ادعى الآخر انه أدى فله اليمين على المدعى عايه سواء كان السيد أو ورثته الا انه إن كان المدعى عليه السيد فاليمين على البت وان كانت على ورثته فاليمين على نفي العلم الا ان يدعي الاداء اليهم فتكون ايمانهم على البت أيضاً وعلى كل واحد من الورثة يمين لان كل واحد منهم يدعي عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى

وحصل للورثة المائة وثمانية أنساع الخمسين وهو مثلاً ما عتق منه . فان قيل لم أعتقم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة ؟ قلنا انما أعتقنا بعضه ههنا باعتاق سيده لا الكتابة ، ولما كان العتق في مرض موته نفذ في ثلث ماله وبقي باقيه لحق الورثة ، والموضع الذي لا يعتق إلا باداء جميع الكتابة اذا كان عتقه بها لانه اذا بقي عليه شيء فما حصل لاستيفاء يخص الماوضة فلم تثبت الحرية في العوض (فصل) فان وصى سيده باعتاقه أو ابرائه من الكتابة وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال الكتابة فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أعتقه في مرضه أو أبراه إلا انه لا يحتاج ههنا الى ايقاع العتق لانه أوصى به وإن لم يخرج الاقل منها من ثلثه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ويبقى باقي الكتابة فاذا أداه عتق جميعه وإن عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقي . وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال وان لم يحصل للورثة في الحال شيء لان حق الورثة متحقق الحصل فانه ان أدى وإلا عاد الباقي فناً وذكر القاضي فيه وجهاً آخر انه لا يتنجز عتق شيء من اذا لم يكن للميت مال سواء لثلاث يتنجز للوصية ما عتق ويتأخر حق الوارث ولذلك لو كان له مال فثبت أو دين حاضر لم يتنجز وصيته من الحاضر والاول أصح لما ذكرناه وأما الحاضر والمائب فانه إن كان موصى له بالحاضر أخذ ثلثه في الحال ووقف الباقي على قدوم الغائب فقد حصل

(فصل) إذا كان للمكاتب أولاد من معتقه آخر غير سيده فقال سيده قد أدى إلي وعنت فأنجر ولأه ولده إلي فأذكر ذلك مولى أمهم وكان المكاتب حياً قد صار حراً بهذا القول فإنه إقرار من سيده بمعتقه وينجر ولأه ولده إليه وإن كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم لأن الأصل الرق وبقاء ولائهم له فيحلف ويبقى ولاؤهم له

(مسئلة) قال (وإذا أعتق الأمة أو كاتبا أو شرط ما في بطنها أو أعتق ما في بطنها دونها له شرطه)

روي نحو هذا القول عن ابن عمر وأبي هريرة والنخعي وإسحاق وابن المنذر، وقال ابن سيرين له ما استثنى، وقال عطاء والشعبي إذا استثنى ما في بطنها فله استثناءه وقال مالك والشافعي لا يصح استثناء الجنين لأن النبي ﷺ نهى عن الثنياء إلا أن تعلم، ولأنه لا يصح استثناءه في البيع فلا يصح في العتق كبعض أعضائها ولنا قول ابن عمر وأبي هريرة ولم نعلم لها مخالفاً في الصحابة قال أحمد أذهب إلى حديث ابن عمر في العتق ولا أذهب إليه في البيع

وقد روى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى ما في بطنها ولأن النبي ﷺ قال «المسلمون على شروطهم» وهذا قد شرط ما في بطن معتقه فكان له بمقتضى الخبر ولأنه يصح إقراره

للموصي له ثلث الحضر ولم يحصل للورثة شيء في الحل فهي كسثلتنا ولم تكل له جميع وصيته لأن الغائب غير موثوق بمحصله فإنه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه . فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فإنها تقف على أدائه

(فصل) قال الخرقى وإذا كان العبد لثلاثة فجاءهم بثلاثة درهم فقال يبيعوني نفسي بها فأجابه فلما عاد اليهم ليكتبوا له كتاباً أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً وشهد الرجلان عليه بالأخذ فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين إذا كانا عدلين ويشاركهما فيما أخذنا من المال وإيس على العبد شيء، اعترض على الخرقى في هذه المسئلة حيث أجاز له شراء نفسه بين ما في يده مع أنه قد ذكر في باب العتق: إذا قال العبد لرجل اشتري من سيدي بهذا المال واعتقي فأشتراه بعين المال كان الشراء والعتق باطلاً ويكون السيد قد أخذ ماله. فأجاب القاضي عن هذا الإشكال بوجوه: منها أن يكون مكاتباً وقوله يبيعوني نفسي بهذه أي اعجل لكم الثلاثة وتضمنون عني ما بقي من كتابتي ولهذا ذكرها في باب المكاتب (الثاني) أن يكون العبد لأجنبي قل له اشتر نفسك بها من غير أن يملكها إياها (الثالث) أن يكون عتقاً بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر (الرابع) أن يكون سادته رضوا ببيعه نفسه بما في يده وفعلهم ذلك معه اعتاق منهم مشروط بتأدية ذلك اليهم فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الاداء كما لو قال بعتك نفسك بخمسة سنة فإن منافقه مملوكة لسيده وقد صرح

بالمعتق فصح استثنائه وأما خبرهم فنقول به والحمل معلوم فيصح استثنائه بمقتضى الحديث وبما فرق البيع فإنه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض أم لا ؟ والمعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة بها ويكفي العلم بوجوده وقد علم ذلك ولذلك صح أفراد الحمل بالمعتق ولم يصح أفراد البيع ولأن استثناءه في البيع إذا بطل بطل البيع كله وههنا إذا بطل استثنائه لم يبطل المعتق في الأمة ويسري الاعتاق إليه فكيف يصح اعتاقه مع تضاد الحكم فيهما ؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها لأن الموضو لا يتصور أنفراد بالرق والحرية دون الحمل وكذلك لو أعتق عضواً من أمته صارت كلها حرة فإذا عتق بعضها سرى إلى المستثنى والولد حيوان منفرد لو اعتقه لم تسر الحرية إلى أمه ويصح أنفراد بالحرية عن أمه فيما إذا أعتقه دونها وفي ولد المهرور بحرية أمه وفيها إذا وطئ بشبهة وفي ولد أم الولد وغير ذلك لا يمكن ذلك في بعض الأعضاء ، ولأن الولد يرث ويورث ويوصى به وله وإذا قتل كان بدله موروثاً ولا تختص به أمه وتجب الكفارة بقتله والدية في مقابلته فكيف يصح قياسه على أعضائها ؟ فأما أن أعتق ما في بطنها دونها فلا أعلم خلافاً فيه قال إسحاق بن منصور سئل سفيان عن رجل قال ما في بطنك حر قل هو حر والام مملوكة لأن ولدها منها وليست هي من ولدها قال أحمد وإسحاق جيد

وقال مهنا سألت أحمد رضي الله عنه عن رجل زوج أمته فقالت فقد حبلت فقال لها مولاهما

هذا فيها فكذا ههنا قل شيخنا وهذا الوجه أظهر إن شاء الله تعالى لأنه لا يحتاج إلى تأويل ومتى أمكن جعل الكلام على ظاهره لم يحز تأويله بغير دليل . إذا تقرر هذا فتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق لأن البيع يخرجهم عن ملكهم ولا يثبت عليه ملك آخر إلا أنه ههنا لا يعتق إلا بالقبض لانا جعلناه عتقاً مشروطاً به ولهذا قال الحرقى وقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض ولو عتق بالبيع لمعتق باعترافيهم به لا بالشهادة بالقبض ومتى أنكر أحدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه وكانا عدلين قبلت شهادتهما لأنهما شهدا للعبد بأداء ما يعتق به قبلت شهادتهما كالأجنيين ويرجع المشهود عليه عليهما فيدشار كهما فيما أخذهما لأنهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد والعبد مشترك بينهما فتمنه يجب أن يكون بينهما ولأن ما في يد العبد لم والذى أخذهما كان في يده فيجب أن يشترك فيه الجميع ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لها فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركته لها فيه نفع لها فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت بما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به كما لو أقر بشيء لغيرهما فيه نفع فإن أقرارهما يقبل فيما عليهما دون مالهما وقياس الذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض لأنهما يدفعا بها عن أنفسهما ضرراً ومغرمًا ومن شهد بشهادة يجر إلى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل وإنما يقبل ذلك في الإقرار لأن المدالة غير معتبرة فيه والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين بأقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على

ما في بطنك حر ولم تكن حاملا ؟ قال لا تعتق فاعدت عليه اقول مرة أخرى فقال لا يكون شيئا انما اراد ما في بطنها فلم يكن شيئا . قال المروذي وسئل ابو عبد الله عن رجل أعتق عبداً له واستثنى منه خدمته شهراً فقال جائز .

(مسألة) قال (ولابأس أن يجعل المكاتب لسيده بمض كتابته ويضع عنه بمض كتابته)

وجاءته انه اذا كاتبه على ألف في نهمين الى سنة ثم قال عجل لي خمسمائة منه حتى اضع عنك الباقي او حتى ابرئك من الباقي او قال صالحني منه على خمسمائة معجلة جاز ذلك وبه يقول طاوس والزهري والنخعي وابو حنيفة وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبي
وقل الشافعي لا يجوز لان هذا بيع أله بخمسمائة وهو ربا الجاهلية وهو ان يزيد في الدين لأجل الاجل وهذا أيضاً هبة ولان هذا لا يجوز بين الاجنب والربا يجري بين المكاتب وسيده فلم يجوز هذا بينهما كالأجنب

ولنا ان مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح بدليل انه لا يجبر على ادائه وله ان يتمتع من ادائه ولا تصح الكفالة به وما يؤديه الى سيده كسب عبده وانما جعل الشرع هذا العقد وسيلة الى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفاً عن المكاتب فاذا أمكنه التمتع على وجهه

القبض وله مطالبة بنصيبه أو مشاركة صاحبيه بما أخذ فان شاركها أخذ منها ثلثي مائة ورجع على العبد بتمام المائة ولا يرجع للأخوذ منه على الآخر بشيء لانه ان أخذ من العبد فهو يقول ظلمي واخذ مني مرتين وإن أخذ من الشاهدين فما يقولان ظلمنا وأخذ منا ما لا يستحقه علينا ولا يرجع للظلم على غير ظالمه وان كانا غير عدلين فكذلك سواء قلنا ان شهادة العدلين مقبولة او لا لان غير العدل لا تقبل شهادته وانما يؤخذ باقراره وان أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق . إذا حلف الا ان يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما لانهما لا يجبران الى نفسها بهذه الشهادة نفعا (فصل) وإذا كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعى دفعها اليهما وصدقا عتق وان أنكره

ولم تكن بينة قال قول قولهما مع أيمانهما وان اقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر ، وأما المنكر فعلى قول الخرقي تقبل شهادة شريكه عليه إذا كانا عدلا فيحلف العبد مع شهادتهما ويسير حرا ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه ، وأما القياس فيقتضي أن لا تسمع شهادة شريكه عليه لانه يدفع بشهادته عن نفسه مفرما والقول قول السيد مع يمينه فاذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون لان ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما فان قيل فالمنكر ينكر قبض شريكه فكيف يرجع عليه ؟ قلنا انما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ويجوز أن يكون قد قبض فلم يعلم به وإذا أقر بمتصور لزمه حكم اقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه

يسقط عنه بعض ما عليه كان أبلغ في حصول العتق وأخف على العبد ويحصل من السيد اسقاط بعض ماله على عبده ومن الله تعالى اسقاط ما أوجبه عليه من الاجل لمصلحته ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ويفارق الاجانب من حيث ان هذا عبده فهو أشبه بعبده القن وقولهم ان الربا يجري بينهما فتمنعه على ما ذكر ابن ابي موسى وان سلمناه فان هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه وهذا يخالف ربا الجاهلية فانه اسقاط لبعض الدين وربا الجاهلية زيادة في الدين وربا الجاهلية يفضي الى نفاذ مال المدين وتحمله من الدين ما يميز عن وقته فيحبس من أجله ويؤسر به وهذا يفضي الى تعجيل عتق المكاتب وخلاصه من الرق والتخفيف ٤٤ فافترقا

(فصل) فان اتفاقا على الزيادة في الاجل والدين مثل ان يكاتبه على ألف في نجهين الى سنة يؤدي في نصفها خمسمائة وفي آخرها الباقي فيجعلانها الى سنتين بالف ومائتين في كل سنة ستائة او مثل ان يحل عليه نجم فيقول آخرني به الى كذا وأزيدك كذا فيحتمل انه لا يجوز لان الدين المؤجل الى وقت لا يتأخر أجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره واذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التي في مقابله ولان هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة في الدين للزيادة في الاجل ويفارق المسئلة الاولى من هذين الوجهين فان قيل فكما ان الاجل لا يتأخر كذلك لا يتعجل ولا يصير الدين المؤجل حالا فلم جاز في المسئلة الاولى قلنا انما جاز في المسئلة الاولى بالتعجيل فعلا فانه اذا دفع اليه الدين

فان قيل لو كان عليه دين لاثنتين فوفى أحدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم يرجع ههنا قلنا ان كان الدين ثابتا بسبب واحد فاقبض أحدهما منه رجع به الآخر عليه كمستلنا وعلى ان هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم انما يتعلق بذمته حسب السيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب فلا يدفع شيئا منه الى أحدهما الا كان حق الآخر ثابتا فيه . إذا ثبت هذا فانه ان رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء لانه انما قبض حقه ، وإن رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذه منه لما ذكرنا من قبل ، وان عجز العبد اداء ما يرجع به عليه فله تعجيله واسترقاقه ويكون نصفه حرا ونصفه رقيقا ويرجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسري الحرية فيه لان الشريك والعبد يمتدان أن الحرية ثابتة في جميعه وان المنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه ظالما باسترقاقه والمنكر يدعي رق العبد جميعه ولا يمتد بحرية شيء منه لانه يزعم أنه ما قبضت نصيبه من كتابته وشريكي ان قبض شيئا استحق نصفه بغير اذني فلا يعتق شيء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتنة على كلا القولين والسراية انما تكون فيما اذا اعتق بعضه وبقي بعضه رقيقا وجميعهم متفقون على خلاف ذلك وهذا منصوص الشافعي

(فصل) فان ادعى العبد أنه دفع المائة الى أحدهما ليدفع الى شريكه حقه ويأخذ الباقي فأنكره

المؤجل قبل محله جاز وجاز للسيد اسقاط باقي حقه عليه وفي هذه المسئلة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسئلة الاولى وهو ممتنع من وجه آخر لان في ضمن الكتابة إنك متى أدبت الي كذا فأنت حر فإذا أدى اليه ذلك فينبغي ان يعتق فان قيل فاذا غير الاجل والعوض فكأنهما فسخا الكتابة الاولى وجعلها كتابة ثانية قلنا لم يجر بينهما فسخ وانما قصدا تغيير الموضع والاجل على وجه لا يصح فيطل التغيير ويبقى العقد بحاله ويحتمل أن يصح ذلك كما في المسئلة الاولى فلي هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع أحدهما فان له الرجوع وكذلك في المسئلة الاولى لو قال أعجل لك مال الكتابة وتسقط عني منه كذا؟ فقال نعم ثم رجع أحدهما قبل التمجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدين المؤجل لا يتأخر عن أجله ولا يتقدم وانما أنه أن يؤديه قبل محله ولمن له الدين ترك قبضه في محله وذلك الى اختياره فاذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك

(فصل) فان صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه مثل أن يصالحه عن النقود بخنطة أو شعر جاز الا أنه لا يجوز أن يصالحه على شيء مؤجل لانه يكون بيع دين بدين، وان صالحه عن الدراهم بدنانير او عن الخنطة بشعر لم يجز التصرف قبل القبض لان هذا بيع في الحقيقة فيشترط له قبض في المجلس، وقال القاضي يحتمل أن لا تصح هذه المصالحة مطلقاً لان هذا دين من شرطه التأجيل فلم يجز المصالحة عليه بغيره ولانه دين غير مستقر فهو كدين السلم ولو ل ابن أبي موسى لا يجري

المدعى عليه حلف وبرئ فان قل انما دفعت الي حقي والى شريكى حقه ولا بينة للعبد فالقول قول المدعى عليه في أنه لم يقبض الا قدر حقه مع يمينه ولا نزاع بين العبد وبين الآخر لانه لم يدع عليه شيئاً وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبة بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه فان اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين وان اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً لانه لو اقر بذلك لسقط حقه من الرجوع فاذا انكره لزمته اليمين فان شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعينين (أحدهما) أن المكاتب لم يدع عليه شيئاً وإنما تقبل البينة إذا شهدت بصدق المدعى (الثاني) أنه يدفع عن نفسه مئراً فان عجز العبد فاعبر القابض ان يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه لان العبد معترف برقه غير مدع لخرية هذا النصيب بخلاف التي قبلها ويحتمل أن لا يقوم أيضا لان القابض يدعي حرية جميعه والمذكر يدعي ما يوجب رق جميعه فانها يقولان ما قبضه قبضه بغير حق فلا يعتق حتي يسلم إلي مثل ما سلم اليه وإذا كان أحدهما يدعي جميعه والآخر يدعي جزءاً فما اتفقا على حرية البعض دون البعض (فصل) وان اعترف المدعى بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب وقال قد دفعت الي شريكى نصفها فأنكر الشريك فالقول قوله مع يمينه وله مطالبة من شاء منها بجميع حقه وللرجوع عليه ان يحلفه فان رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك لانه اعترف بقبض المائة كلها

الربا بين المكاتب وسيد فلي قوله تجوز المصاحبة كيفما كانت كما يجوز ذلك بين العبد القن وسيد
والأولى ما ذكرناه ويفارق دين الكتابة دين السلم فإنه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسئلة
فغارقته لدين السلم أعظم والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قل (وإذا كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما فلم يؤد كل كتابته حتى
أعتق الآخر وهو موسر فقد صار العبد كله حراً ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته)
قد ذكرنا فيما تقدم أن العبد المشترك يجوز لأحد الشريكين كتابة نصيبه منه بغير إذن شريكه
ويبقى سائر غير مكاتب فإذا فعل هذا فاعتق الذي لم يكتبه حصته منه وهو موسر عتق وسرى
العتق إلى باقيه فصار كله حراً ويضمن لشريكه قيمة حصته منه ويكون الرجوع بقيمته مكاتباً يبقى
على ما بقي من كتابته لأن الرجوع عليه بقيمة ما ألتف وإنا ألتف مكاتباً وإن كان المعتق معسراً لم
يسر المعتق على ماضى في باب العتق، وقول أبو بكر والقاضي لا يسري العتق في الحال لكن ينظر
فإن أدى كتابته عتق باقيه بالكتابة وكان ولاؤه بينهما، وإن فسخت كتابته لمجزه سري العتق
وقوم عليه حينئذ لأن سرية العتق في الحال مفضية إلى إبطال الولاء الذي انعقد سببه ونقله عن
المكاتب إلى غير ذلك فإن أبي إلى عتق الشريك موقوف حتى ينظر ما يصنع في الكتابة فإن أداها عتق وكان
المكاتب ضامناً لقيمة نصيب شريكه ولاؤه كله للمكاتب وإن عجز سري عتق الشريك وضمن
نصف القيمة للمكاتب وكان ولاؤه كله له وأما مذهب الشافعي فلا تجوز كتابة أحد الشريكين إلا أن
يأذن فيه شريكه فيكون فيه قولان فإذا كاتبه بأذن شريكه ثم أعتق الذي لم يكتبه فهل يسري في
الحال أو يقف على العجز؟ فيه قولان

ولنا قول النبي ﷺ «من أعتق شركاً له في عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة

ويعتق المكاتب لأنه وصل إلى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه
بشيء لأنه يعترف له بأداء ما عليه وبرأته منه وإنما يزعم أن شريكه ظلمه فلا يرجع على غير ظالمه وإن
رجع على العبد - فله أن يأخذ منه التحسين لأنه يزعم أنه ما قبض شيئاً من كتابته وللعبد الرجوع على
القابض بها سواء صدقه في دفعها إلى المنكر أو كذبه لأنه وإن دفعها فقد دفعها دفعاً غير مبر فمكاتب
مفرطاً ويعتق العبد بأدائها فإن عجز عن أدائها فله أن يأخذها من انقباض ثم يسلمها
فإن تعذر ذلك فله تعجزه واسترقاق نصفه ومشاركة انقباض في التحسين التي قبضها
عوضاً عن نصيبه ويقوم على الشريك القابض إن كان موسراً إلا أن يكون العبد يصدقه في
دفع التحسين إلى شريكه فلا يقوم لأنه يعترف أنه حر وإن هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر وإن أمكن
الرجوع على القابض بالتحسين ودفعها إلى المنكر فامتنع من ذلك فهل يملك المنكر تعجزه واسترقاق

عبد وهذا داخل في عمومه ولأنه عتق لجزء ، من العبد من موسر غير محجور عليه فسري إلى باقيه كما لو كان قنا ولأن مقتضى السراية متحقق والمافع منها لم يثبت كونه مانعاً فإنه لانص فيه ولا أصل له يقاس عليه فوجب أن يثبت وقوله أنه يفضي إلى ابطال الولاء قلنا إذا كان العتق يؤثر في ابطال الملك الثابت المستقر الذي الولاء من بعض آثاره فلان يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى ولأنه لو أعتق عبداً له أولاد من معتقة قوم نقل ولأهم إليه إذا نقل ولأهم ثابت باعتاق غيرهم فلان ينقل ولأهم لم يثبت بعد باعتاق من عليه الولاء أولى ولأنه نقل الولاء ثم عن لم يفرم له عوضاً فلان ينقله بالموض أولى ، فانتقال الولاء في موضع جر الولاء ينه على سراية العتق وانتقال الولاء إلى المقتق لكونه أولى منه من ثلاثة أوجه (أحدها) أن الولاء ثم ثابت وههنا بعرض اثبوت (والثاني) أن النقل حصل ثم باعتاق غيره وههنا باعتاقه (والثالث) أنه انتقل ثم بغير عوض وههنا بعوض

(فصل) وإن كان المقتق معسراً لم يسر عتقه وكان نصيبه حراً وباقيه على الكتابة فإن أذى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما وإن دجز عاد الجزء المكاتب رقيقاً قنا الا على الرواية التي تقول يستسمى العبد فإنه يستسمى عند عجزه في قبة باقيه ، ولا يستسمى في حل الكتابة لان الكتابة سعاية فيما اتفقا عليه فاستغني به عن السعاية فيما يحتاج الى التقويم فاذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع إلى السعاية في اتيمة والله أعلم

(فصل) ونقل عن احمد رضي الله عنه أنه سئل عن عبد بين شريكين فكتاباه على الف درهم فأدى اليهما تسعمائة لهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ولهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ثم إن أحدهما أعتق نصيبه قال ان كان للمعتق مال أدى الى شريكه نصف قيمة العبد لا بحاسبه بها أحد لانه عبد ماتي عليه درهم ولأنه قد يجوز أن يعجزه فيعود الى الرق او يموت فيكون عنده مال فهو

نصفه ؟ على وجهين بناء على القول في تعجيز العبد نفسه مع القدرة على الاداء ان قلنا له ذلك فللمنكر استرقاقه ، وان قلنا ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه لانه قادر على الاداء فان قيل فلم لا يرجع المنكر على اتقاض بنصف ما قبضه اذا استرق نصف العبد ؟ قلنا لانه لو رجع بها لكان قابضاً جميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك الا ان يتذرع قبضها في نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة في بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وان اختلف في الكتابة فالقول قول من ينسرها) لان الاصل معه

﴿ مسألة ﴾ (وان اختلفا في عوضها فالقول قول السيد في احدى الروايتين)

اذا اختلفا في عوض الكتابة فقال السيد كاتبك على الفين وقال المكاتب على الف فمسه ثلاث روايات (أحدها) القول قول السيد ذكره الحزقي قال القاضي هذا المذهب نص عليه أحمد

(الجزء الثاني عشر)

(٦٠)

(المغني والشرح الكبير)

بينهما ونقل عنه حنبل أنه يعتق إلا نصف المائة على هذا ويكون الولاء على قدر ما أعتق فالرواية الأولى توافق قول الخرق فانه أوجب على المعتق غرامة نصف قيمة العبد ، وينبغي أن تجب نصف قيمته على الصفة التي عتق عليها وهو كونه مكاتباً قد أدى كتابته إلا مائة منها وهي عشرها ، وأما رواية حنبل فيحتمل أن تكون على ما قال أبو بكر واماضي في أنه لا يسري العتق إلى الجزء المكاتب لغيره وقد نصرنا الرواية الأولى بما ذكرناه والله اعلم

(مسئلة ، قل (واذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان قد تصدق عليه بشيء فهو لسيده)

وجملته ان المكاتب اذا عجز وفي يده مال ورد في الرق فهو لسيده سواء كان من كسبه او من صدقة تطوع او وصية وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان (إحداهما) هو لسيده وهو قول أبي حنيفة ، وقال عطاء بجعله في السبيل أحب إلي وان أمسكه فلا بأس

(الرواية الثانية) يؤخذ ما بقي في يده فيجعل في المكاتبين نقلها حنبل وهو قول شريح والنخعي والثوري واختار أبو بكر واماضي أنه يرد إلى أربابه وهو قول إسحاق لأنه انما دفع إليه ليصرف في العتق فاذا لم يصرف فيه وجب رده كالفازي والغارم وابن السبيل

ولما ان ابن عمر رد مكاتباً في الرق فأمسك ما أخذه منه ولأنه يأخذ لحاجته فلم يرد ما أخذه كالتقير والمساكين وأما الفازي فإنه يأخذ لحاجتنا إليه بقدر ما يكفيه لغزوه وأما الغارم فإن غرم لا صلاح ذات البين فهو كالفازي يأخذ لحاجتنا وان غرم لمصلحة نفسه فهو كسئلتنا لا يرده

(فصل) وأما ما أدها إلى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال لان المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه فلما وثبت ملك سيده عليه ملكاً مستقراً فلم يزل ملكه عنه كما لو عتق المكاتب ويفارق ما

في رواية الكوسج وهو قول الثوري والاوزاعي وإسحاق وقل أبو بكر اتفق أحمد والشافعي على أنها يتحالفان ويترادان وهو قول أبي يوسف ومحمد لأنها اختلفا في عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان اذا لم تكن بينة كالتباين وحكي عن أحمد رواية ثالثة ان القول قول المكاتب وهو قول أبي حنيفة لأنه منكر للآلاف الزائد والقول قول المنكر لأنه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام « ولكن البين على المدعى عليه » ووجه الأولى أنه اختلاف في الكتابة فالقول قول السيد فيه كما لو اختلفا في أصلها ويفارق البيع من وجهين (أحدهما) ان الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار إليه والأصل في المكاتب وكسبه أنه لسيده فالقول قوله فيه (الثاني) ان التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة فان الحاصل منه يحصل بينين السيد وحده وبين ذلك ان الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد إلى الرق اذا لم يرض بما حلف عليه سيده وهذا يحصل عند من جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته

في يد المكاتب لان ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا والخلاف في ابتداء ثبوته وماتلف في يد المكاتب لم يرجع عليه به سواء عجز أو أدى لان ماله تلف في يده فاشبه ما لو تلف ما في يد سائر أصناف الصدقة وان اشترى به عرضاً وعجز والعرض في يده ففيه من الخلاف مثل ما لو وجد بعينه لان العرض عوضه وقائم مقامه فاشبه ما لو أعطى الغازي من الصدقة ما اشترى به فرسا وسلاحاً ثم فضل ذلك عن حاجته

(فصل) وموت المكاتب قبل الاداء كعجزه فيما ذكرنا لان سيده يأخذ ما في يده قبل حصول مقصود الكتابة وان أدى وبقي في يده شيء فحكه في رده أو اخذه لنفسه حكم سيده في ذلك عند عجزه لان ما لم يؤده في كتابته بقي بعد زوالها ، وان كان قد استدان ما أداه في الكتابة وبقي عنده من الصدقة بقدر ما يقضي به دينه لم يلزمه رده لانه محتاج اليه بسبب الكتابة فاشبه ما يحتاج اليه في أدائها .

(مسئلة) قال (وإذا اشترى المكاتبان كل واحد منهما الآخر صح شراء الاول

وبطل شراء الآخر)

لاخلاف في أن المكاتب يصح شراؤه للعبيد والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا فاذا اشترى أحد المكاتبين الآخر صح شراؤه وملكه لان التصرف صدر من اهله في محله وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد او لسيدين فاذا عاد الثاني فاشترى الذي اشتراه لم يصح لانه سيده ومالعه وليس للمالك أن يملك مالعه لانه يقضي الى تناقض الاحكام إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه أنا سيدك وبني

وانما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع لان الاصل معه والاصل ههنا مع السيد لان الاصل ملكه للعبد وكسبه . اذا ثبت هذا فتى حلف السيد ثبتت الكتابة بالفين كما لو اتفقا عليها وسواء كانا مختلفين قبل العتق أو بعده مثل ان يدفع اليه الفين فيعتق ثم يدعي المكاتب ان احدهما عن الكتابة والاخر وديعة ويقول السيد بل هي جميعاً مال الكتابة ومن قال بالتحالف قال اذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة الا ان يرضى بقول صاحبه وان كان التحالف بعد العتق في مثل الصورة التي ذكرناها لم ترتفع الحرية لانها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا إعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى اليه فان كانا من جنس واحد تقاصا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله

(مسئلة) (وان اختلفا في وفاء مالها فقال العبد اديت وعتقت وأذكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه)

لانه منكر والقول قول المنكر وان اختلفا في إبرائه من مال الكتابة أو شيء منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك

عليك مال الكتابة تؤديه الي فان عجزت فلي فسخ كتابتك وردك الي أن تكون رقيقاً لي وهذا تناقض. واذا تنافى أن تملك المرأة زوجها ملك اليمين ثبوت ملكه عليها في النكاح فهنا أولى ولأنه لو صح هذا لتناقص الدينان إذا تساويا واعتقا جميعا فإذا ثبت هذا فشراء الاول صحيح والمبيع ههنا باق على كتابته فان أدى عتق وولاؤه موقوف فان أدى سيده كتابته كان له لانه عتق بادائه اليه فان عجز فولأؤه لسيده لان العبد لا يثبت له ولا ولان السيد يأخذ ماله فذلك حقوقه هذا مقتضى قول القاضي ومقتضى قول أبي بكر ان الولاء لسيده لان المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده وكذلك فيما إذا اعتق بأذن سيده أو كاتب عبده فأدى كتابته وهذا نظيره ، ويحتمل ان يفرق بينهما لكون العتق ثم بأذن السيد فيحصل الانعام منه بأذنه فيه وههنا لا يفتقر الى اذنه فلا نعمة له عليه فلا يكون له عليه ولاء مالم يسجزه سيده والله أعلم

(فصل) وان لم يعلم السابق منهما فقال أبو بكر يبطل البيعان ويرد كل واحد منهما الى كتابته لان كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد الى اليقين ، وذكر القاضي أنه يجري مجرى ما إذا زوج الوليان فاشكل الاول منهما فيقتضي هذا أن يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان وعلى قول أبي بكر لا حاجة الى الفسخ لان النكاح انما احتيج الى فسخه من اجل المرأة فانها منكوجة نكاحا صحيحاً لو احدى منهما يقينا فلا يزول الا بفسخ وفي مسئلتنا لم يثبت تعين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر الى فسخ .

(فصل) وإذا كاتب عبداً له صفقة واحدة بمروض واحد مثل ان يكاتب ثلاثة اعبد له بالفصح في قول اكثر اهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى وابو حنيفة ومالك والحسن بن صالح واسحاق وهو المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه ، وقال بعض أصحابه فيه قول آخر لا يصح لان المقد

(فصل) اذا كاتب عبدين واستوفى من احدهما ولم يدر أيها استوفى فقياس المذهب ان يقرع بينهما فن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر كما لو اعتق عبداً من عبده وأنسيه وان ادعى الآخر عليه أنه أدى فعليه اليمين أنه ما أدى فان نكل عتق الآخر وان مات السيد قبل القرعة أقرع الورثة فان ادعى الآخر عليهم أنه المؤدي فعليه اليمين أنهم لا يعلمون انه أدى لانها يمين على نفي فعل الغير فان أقام احد العبدین بيته أنه أدى عتق سواء كان قبل القرعة أو بعدها في حياة سيده او بعد موته وإن كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر فان كان بعدها فكذلك لان القرعة ليست عتقاً وإنما هي معينة للعتق والبيئة أقوى منها فيثبت بها خطأ القرعة فيتبين بقاء الرق في الذي ظننا حرية كما تبيننا حرية من ظننا رقه ولان من لم يؤد لا يصير مؤدياً بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذي هو العتق ويخرج على قول أبي بكر وابن حامد ان يعتق على ما نذكر في الطلاق ، وكذلك الحكم فيما إذا ذكر السيد المؤدي منهما ومتى ادعى الآخر انه أدى فله اليمين على الدعي عليه من

مع ثلاثة كعقود ثلاثة وعوض كل منهم مجهول فلم يصح كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد

ولنا أن جملة العوض معلومة وإنما جهل تفصيلها فلم يمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد وعلى قول من قال إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضاً تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة إذا ثبت هذا فإن كل واحد منهم مكاتب بحصته من الألف ويقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لأنه حين المفاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فإذا أداه عتق هذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي وإسحاق وقال أبو بكر عبد العزيز يتوجه لأبي عبد الله قول آخر أن العوض بينهم على عدد رؤوسهم فيتساوون فيه لأنه أنضيف إليهم إضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو أقر لهم بشيء

ولنا أن هذا عوض فقتسط على العوض كما لو اشترى شقصاً وسيفاً وكما لو اشترى عييداً فرد واحداً منهم بعب أو اتلف أحدهم ورد الآخر وبخالف الإقرار فإنه ليس بعوض إذا ثبت هذا فليهم أدى حصته عتق

وهذا قول الشافعي وقال ابن أبي موسى لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة ، وحكي ذلك عن أبي بكر وهو قول مالك وحكي عنه أنه إذا امتنع أحدهم عن الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقي واحتجوا بأن الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقي ولا يحصل العتق إلا بآداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحداً ، وقال أبو حنيفة إن لم يقل لم السيد إن أدبهم عتقهم فليهم أدى حصته عتق وإن أدى جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبيه بشيء وإن قال لم إن أدبهم عتقهم لم يعتق واحد منهم حتى تؤدي الكتابة كلها ويكون

السيد والورثة إلا أن السيد يحلف على البت ، وأما الورثة فإن ادعى أنه دفع إلى موروثهم حلفوا على نفي العلم وإن ادعى أنه دفع إليهم حلفوا على البت وعلى كل واحد من الورثة يمين لأن كل واحد منهم مدعى عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى

(فصل) إذا كان للمكاتب أولاد من معتقة غير سيده فقال سيده قد أدى إلي وعتق فنجبر ولأهله ولده إلى فأنكر ذلك مولى أمهم وكان المكاتب حياً صار خراً بهذا القول لأنه إقرار من سيده بعتقه وينجر ولأهله ولده إليه وإن كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم لأن الأصل بقاء الرق وبقاء ولأهله فيحلف ويبقى ولأهله

(مسئلة) (وإن أقيم المبد شأهد أو حلف معه أو شاهدوا امرأتين ثبت الإداء وعتق وهذا قول الشافعي) لأن النزاع بينهما في أداء المال والمال يقبل فيه الشاهد واليمين والرجل والرأى أن فان قبل المقصد من هذه الشهادة المتق وهو لا يثبت بشاهد ويمين قلنا بل يثبت بشاهد

بعضهم حيلة عن بعض وياخذ أبيهم شاء بالمال وإيهم ادأها عتقوا كلهم ورجع على صاحبيه بمحضتهما ولنا أنه عقد معاوضة مع ثلاثة فاعتبر كل واحد منهم بإداء حصته كما لو اشترى عبداً وكما لو لم يقل لهم إن أدبتم عتقتم على قول أبي حنيفة فإن قوله ذلك لا يؤثر لأن استحقاق العتق بإداء العوض لا بهذا القول بدليل أنه يعتق بالإداء بدون هذا القول ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق ولا نعلم أن هذا العقد كتابة واحدة فإن العقد مع جماعة عقود بدليل البيع ولا يصح القياس على كتابة الواحد لأن ما قدره في مقابلة عتقه وههنا في مقابلة عتقه ما يخصه فافترقا : إذا ثبت هذا فإنه إن شرط عليهم في العقد أن كل واحد منهم ضامن عن الباقيين فالشرط فاسد والعقد صحيح ، وقال أبو الخطاب في الشرط رواية أخرى أنه صحيح وخرجه ابن حامد وجهاً بناء على الروايتين في ضمان الحر لم لا الكتابة وقال الشافعي رضي الله عنه العقد والشرط فاسدان لأن الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه لأن السيد إنما رضي بالعقد بهذا الشرط فإذا لم يثبت لم يكن راضياً بالعقد وقال مالك وأبو حنيفة العقد والشرط صحيحان لأنه مقتضى العقد عندهما

ولنا أن مال الكتابة ليس بلازم ولا ماله إلى الزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق فقال إن أدبت إلي ألفاً فأنت حر ولأن الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن ولأن الضامن تبرع وليس للمكاتب التبرع ولأنه لا يملك الضمان عن حر ولا عن ليس معه في الكتابة فكذلك من معه ، وأما العقد فصحيح لأن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة وسند كره فيما بعد إن شاء الله تعالى

(فصل) إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية حنبل وكذلك إن أعتق بعضهم وعن مالك إن أعتق السيد أحدهم وكان مكتسباً لم ينفذ عتقه لأنه يضر

ويعين في رواية ، وإن سلمنا أن الشهادة لا تثبت لكن الشهادة ههنا بإداء المال والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الأول ولم يشهد الشاهد به ولا يبينهما فيه نزاع ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين كما أن الولادة تثبت بشهادة النساء ويترتب عليها ثبوت النسب الذي لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد

(فصل) فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فالقول قوله فإن قل لي شاهد غائب انظر ثلاثاً فإن جاء وإلا حلف السيد ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حرته وإن جرح شاهده فقال لي شاهد آخر انظر ثلاثاً لما ذكرناه

(فصل) وإن أقر السيد ببعض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره وإن أقر بذلك في مرض موته قبل لأنه إقرار غير وارث فيقبل وإن قال استوفيت كتابتي كلها عتق العبد وإن قال استوفيتها كلها إن شاء الله أو إن شاء زيد عتق ولم يؤثر الاستثناء لأن هذا الاستثناء لا

بالباقين وإن لم يكن مكتسباً نفذ عتقه لعدم الضرر فيه وهذا مبني على أنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه

(فصل) فإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل أداء ماعليه بغير علم سيده لم يصح لأن هذا تبرع وإيس له انتبرع بغير إذن سيده وإن كان قد حل عليه نجح صرف ذلك فيه وإن لم يكن حل عليه نجح فله الرجوع فيه وإن علم السيد بذلك ورضي بقبضه عن الآخر ضح لأن قبضه له راضياً به مع العلم دليل على الإذن فيه فجاز كما لو أذن فيه تصريحاً وإن كان الأداء بعد أن عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم فإذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه نظرنا فإن كان قد قصد انتبرع عليه لم يرجع به وإن أداه محسباً بالرجوع عليه وكان الأداء باذن المؤدى عنه فهو فرض يلزمه أدؤه كما لو اقترضه منه وإن كان بغير إذنه لم يرجع عليه لأنه تبرع عليه بأداء مالا يلزمه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع وبهذا فارق سائر الديون وإن كان باذنه وطلب استيفاء قدم على أداء مال الكتابة كسائر الديون وإذا عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون وهذا كله مذهب الشافعي (فصل) ولا يصح ضمان الحر لمال الكتابة وذكر القاضي فيه روايتين (أحدهما) يصح ضمانه لأنه عوض في معاوضة فصح ضمانه كضمن المبيع

ولنا ما ذكرناه من قبل ولا يصح قياسه على الثمن لأنه لازم وهذا غير لازم (فصل) وإذا أدوا ماعليهم أو بعضه ثم اختلفوا فقال من كثرت قيمته أدى كل واحد منا بقدر ماعليه فلا فضل لاحدنا على صاحبه وقال من قلت قيمته أدينا على السواء في الفضل عليك أو يكون وديمة لي عند سيدنا فالقول قول الأول لأن الظاهر أن من عليه دين لا يؤدي أكثر منه فرجحت دعواه بذلك فإن كان المؤدى أكثر مما عليهم واختلفوا في الزيادة فالقول قول من يدعي التساوي

مدخل له في الإقرار قال أحمد في رواية أبي طالب إذا قال له الف إن شاء الله كان مقراً بها ولأن هذا الاستثناء تعاقب بشرط والذي يتعلق بالشرط إنما هو المستقبل ، وأما الماضي فلا يمكن تعليقه لأنه قد وقع على صفة لا يتغير عنها بالشرط وإنما يدل الشرط على الشك فيه فكأنه قال استوفيت كتابتي وأنا أشك فيه فيلغو الشك ويثبت الإقرار وإن قل استوفيت آخر كتابتي وقل إنما أردت أني استوفيت النجم الآخر دون ما قبله وادعى العبد إقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد لأنه أعرف بمراحده والله أعلم

(فصل) قال رضي الله عنه (والكتابة الفاسدة مثل أن يكتبه على خر أو خنزير تغلب فيها حكم الصفة في أنه إذا أدى عتق ولا يعتق بالبراء)

إذا كاتبه كتابة فاسدة على عوض مجهول أو حال أو محرم كالخنزير فقد روي عن أحمد رحمه الله ما يدل على أن الكتابة على العرض المحرم باطلة لا يعتق بالأداء فيها اختاره أبو بكر فإنه

لأنهم اشتركوا في أدائه فكانت أيديهم عليهم فاستروا فيه كما لو كان في أيديهم مال فاختلفوا فيه (فصل) وإن جنى بعضهم بخنائته عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه وقل مالك رضي الله عنه يؤدون كلهم ارشه فإن عجزوا رقوا

ولنا قول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقول النبي ﷺ « لا يجني حن إلا على نفسه » ولأنه لو اشترك رجلان وتماقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ههنا لأن ما لا يصح لا يضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالفصاص وقد بينا أن كل واحد منهما مكاتب بمحضه فهو كالمفرد بعقده

«مسألة» قل (وإذا شرط في كتابته أن يوالي من شاء فالولاء لمن أعتق والشرط باطل)

أما الشرط فباطل لأن علم في بطلانه خلافاً وذلك لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كانت في بريرة ثلاث قضايا، أراد أهلها أن يبيعوها ويشرطوا الولاء فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال «اشترىها واعتقها فانما الولاء لمن أعتق» متفق عليه وفي الحديث الآخر أن النبي ﷺ قال «اشترىها واشترط لي لم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال «أما بعد فإيا بال ناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه ولأن الولاء لا يصح نقله بدليل أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته وقال «إنما الولاء لمن أعتق» ولأنه لمحة كلحة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقربة ولأنه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير المتكاح ولا حكم البيع لغير العاقل وسواء شرط أن يوالي من شاء أو شرطه لبايعه أو

روي عن أحمد أنه قال : إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق بالأداء إلا في المحرمة واختار أقاضي أنه يعتق بالأداء كسائر الكتابات الفاسدة ويمكن حمل كلام أقاضي على ما إذا جعل السيد الأداء شرطاً للعتق فقال إذا أدبت لي فأنت حر فأدى فإنه يعتق بالصفة المجردة لا بالكتابة وتثبت في هذه الكتابة حكم الصفة في العتق بوجودها لا حكم الكتابة فأما أن شرط في الكتابة شرطاً فاسداً فمقصود أنه لا يفسدها لكن يلغو الشرط وتصح الكتابة ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة في البيع وهو مذهب الشافعي وقد ذكرناه فاما الكتابة الفاسدة التي لا تكون عوضاً محرماً فانها تساوي الصحيحة في أربعة أحكام

(أحدها) أنه يعتق ما كوتب عليه سواء صرح بالصفة بأن يقول إذا أدبت لي فأنت حر أو لم يقل لأن معنى الكتابة يقتضي هذا فيصير كالصرح به فيعتق بوجوده كالصحيحة (الثاني) إذا اعتقه بالأداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه ذكره أبو بكر وهو

لرجل آخر بعينه ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط نص عليه إجماع رضي الله عنه وقال الشافعي رضي الله عنه يفسد به كما لو شرط عوضاً مجهولاً ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة في البيع ولنا حديث بريرة فإن أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبي ﷺ بشرائها مع هذا الشرط وقال « إنما الولاء لمن أعتق » ويفارق جهالة العوض فإنه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد بدونه وربما أفضت جهالته إلى التنازع والاختلاف وهذا الشرط زائد فإذا حذفناه بقي العقد صحيحاً بحاله فإن قيل المراد بقول النبي ﷺ « اشترطي لهم الولاء » أي عليهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على كقول الله تعالى (وإن أسأتم فلها) أي فليها قلنا هذا لا يصح لوجوه ثلاثة (أحدها) أنه يخالف وضع اللفظ والاستعمال (والثاني) أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط فكيف يأمرها النبي ﷺ بشرط لا يقبلونه ؟ (والثالث) أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط لأنه مقتضى العتق وحكمه (والرابع) أن في بعض الالفاظ « لا يمنحك هذا الشرط منها ابتاعي واعتقي » وإنما أمرها النبي ﷺ بالشرط تعريفاً لنا أن وجود هذا الشرط كعدمه وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق (فصل) وإن اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته أو يزاحمهم في موارثهم فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي وإسحاق وأجاز إياس بن معاوية أن يشترط شيئاً من ميراثه ولا يصح لأنه يخالف كتاب الله عز وجل وكل

ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه فيتقاصان بقدر أقلهما إن كانا من جنس واحد ويأخذوا الفضل فضله لأنه عقد معاوضة فاسد فوجب التراجع فيه كالبيع الفاسد وإنما أنه : قد كتابة حصل العتق فيه بالاداء فلم يجب التراجع كما لو كان العقد صحيحاً ولأن ما يأخذه السيد فهو من كسب عبده الذي يملك كسبه فلم يجب رده والعبد عتق بالصفة فلم يجب عليه قيمته كما لو قال إن دخلت الدار فانت حر وأما البيع الفاسد فإنه إن كان بين هذا وسيده فلا رجوع على السيد بما أخذه وإن كان بينه وبين غيره فإنه أخذ ما لا يستحقه ودفع إلى الآخر ما لا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة بخلاف هذا في مسئلتنا (الثالث) أن المكاتب يملك التصرف في كسبه لأن عقد الكتابة تضمن الإذن في ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات لأنه مكاتب يعتق بالاداء أشبه الكتابة الصحيحة

(الرابع) أنه إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة فادى أحدهم حصتهم عتق على قول من قال إنه يعتق

شرط ليس في كتاب الله فهو باطل بقول النبي ﷺ قل سعيد حدثنا هشيم حدثنا منصور عن ابن سيرين أن رجلاً كاتب مالوكه واشترط ميراثه فلما مات المكاتب تخاصم ورثته إلى شريح فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته قل الرجل ما يعني عني شرطي منذ عشرين سنة ؟ فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله

(فصل) وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز وبه قال عطاء وابن شبرمة ، وقال مالك والزهري لا يصح لأنه ينافي مقتضى العقد أشبه مالو شرط ميراثه

ولنا أنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه أعتق كل من يصلي من سبي العرب وشرط عليهم: إنكم تخدمون الخليفة من بعدي ثلاث سنوات ولأنه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبه مالو شرطها قبل العتق ولأنه شرط نفقاً معلوماً أشبه مالو شرط عوضاً معلوماً ولا نسلم أنه ينافي مقتضى العقد فإن مقتضاه العتق عند الأداء وهذا لا ينافيه

(فصل) وإذا كاتبه على ألفين في رأس كل شهر ألف وشرط أن يعتق عند أداء الأول صح في قياس المذهب ويعتق عند أدائه لأن السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح فكذلك إذا أفتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر ديناً عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به

(مسألة) قال (وإذا أسر العدو المكاتب فاستره رجل فاخرجه إلى سيده صاحب أخذه أخذه بما اشترا. فهو على كتابه وإن لم يجب أخذه فهو على ملك مشتر به مرقى على ما بقي من كتابه يعتق الأداء ولا يؤده إن يؤدني إليه)

بالكتابة الصحيحة بأداء حصته لأن معنى العقد أن كل واحد منهم مكاتب يقدر حصته متى أدى إلى كل واحد منكم قدر حصته فهو حر ومن قل لا يعتق في الصحيحة إلا أن يؤدني جميعهم فهنا أولى (فصل) وتغارق الصحيحة في ثلاثة أحكام (أحدها) أن السيد إذا أبرأه من الدال لم تصح البراءة ولم يعتق بذلك لأن المال غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة وصار هذا كالصفة المجردة في قوله إذا أدبت إلى الفأفأ فانت حر (الثاني) أن لكل واحد من السيد والمكاتب فسخها سواء كان ثم صفة أو لم تكن وهذا قول أصحاب الشافعي لأن القاسد لا يلزم حكمه والصفة ههنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها لأن المعاوضة هي المتصودة فلما أبطل المعاوضة التي هي الأصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة ولأن السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بان يسلم له العوض المسمى فإذا لم يسلم كان له إبطالها بخلاف الصحيحة فإن العوض سلم له فكان العقد لازماً له

(الفتاوى والشرح الكبير) حكم مالو أسرا العدو المكاتب فاشتراه رجل وأخرجه إلى سيده ٤٨٣

وجاءته أن الكفار إذا أسروا مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فإن أخذ في الغنائم فلم بحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شيء، وكان على كتابته كمن لم يؤسر وإن لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الغنائمين أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه أو من المشركين وأخرجه إلى سيده فإن سيده أحق به بالثمن الذي ابتاعه به وفيما إذا كان غنيمة رواية أخرى أنه إذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال فيخرج في المشتري مثل ذلك وعلى كل تقدير فإن سيده إن أخذه فهو مبقى على ما بقي من كتابته وإن تركه فهو في يد مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته فيعتق بالاداء في المرموعين وولاؤه لمن يؤدي إليه كما لو اشتراه من سيده

وقال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهما لا يثبت عليه ملك الكفار ويرد إلى سيده بكل حال ووافق أبو حنيفة والشافعي في المكاتب والدبر خاصة لانهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما فأشبهها أم الولد وقد تقدم الكلام في الدلالة على أن ما أدركه صاحبه مقسوما لا يد تحق صاحبه أخذه بغير شيء، وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب وفي أن المكاتب والدبر يجوز بيعهما بما يعني عن اعادته هنا

(فصل) وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها مع الكفار؟ على وجهين (أحدهما) لا يحتسب عليه بها لأن الكتابة اقتضت تمكنه من التصرف والكسب في هذه المدة فإذا لم يحصل له ذلك لم يحتسب عليه كما لو حبسه سيده فعلى هذا ينبغي على ماضى من المدة قبل الأسر وتبقى مدة الأسر كأنها لم توجد (والثاني) يحتسب عليه بها لأنها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده فاحتسب عليه بها كما لو مرض ولأنه مدين مضت مدة من أجل دينه في حبسه فاحتسب عليه بها كسائر الغرماء وفارق ما إذا حبسه سيده بما سنذكره إن شاء الله تعالى فعلى هذا إذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت

(الثالث) أنه لا يلزم السيد أن يؤدي إليه شيئاً من الكتابة لأن العتق هنا بالصفة المجردة فاشبهه مالو قال إذا أدبت إلى إفا فانت حر

❦ مسألة ❦ وتنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر لفسفه

اختلف في انفساخها بموت السيد فذهب القاضي وأصحابه إلى بطلانها به وهو قول الشافعي لأنه عقد جائز من العرنيين لا يثول إلى الزوم فبدل بالموت كالكولة ولأن الغالب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت كذلك هذه الكتابة وقول أبو بكر لا تبطل بالموت ويعتق بالاداء إلى الوارث وهو قول أبي حنيفة لأنه مكاتب يعتق بالاداء إلى السيد فيعتق بالاداء إلى الوارث كالكتابة الصحيحة في باب العتق بالاداء فكذلك في هذا واختلف في انفساخها بجنون السيد والحجر عليه والخلاف فيه بالخلاف في بطلانها بموته قل شيخنا والاولى أنها لا تبطل هنا إلا بالصفة المجردة لا بذلك والغالب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعلى هذا لو أدى إلى سيده

مطالبته وإن حل ما يجوز تهجينه بترك ادائه فليسده تعجيله وردة إلى الرق وهل له ذلك بنفسه أو حكم الحاكم ؟ فيه وجهان

(أحدهما) له ذلك لأنه تعذر عليه الوصول إلى المال في وقته فأشبهه ما لو كان حاضراً يحققه أنه لو كان حاضراً والمال غائباً يتعذر إحصاره وإداؤه في مدة قريبة لكان لسيد الفسخ فالمال ههنا إما معدوم وإما غائب يتعذر إداؤه وفي كلتا الحالتين يجوز الفسخ

(الثاني) ليس له ذلك إلا بحكم الحاكم لأنه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث أنه مال أم لا ؟ وليس كذلك إذا كان حاضراً فإنه يطالبه فإن أدى وإلا فقد عجز نفسه فإن فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خالص المكاتب فادعى أن له مالا في وقت الفسخ يفي بما عليه وأقام بذلك بينة بطل الفسخ ويحتمل أن لا يبطّل حتى يثبت أنه كان يمكنه إداؤه لأنه إذا كان متعذر الاداء كان وجوده كعدمه (فصل) وإن حبسه سيده مدة فقد أساء ولا يحتسب عليه بمدته في أحد الوجوه

(والثاني) يحتسب عليه بمدته لأن مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من أجل كسائر الديون المؤجلة فلي هذا الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها والاول أصح لأن على سيده تمكينه من التعرف مدة كتابته فإذا حبسه مدة وجب عايه تأخيرها مثل تلك المدة ليستوفي الواجب له ولأن حبسه يفضي إلى إبطال الكتابة وتنفويت مقصودها وردة إلى الرق ولأن عجزه عن اداء نجومه في عملها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد كما لو منع البائع المشتري من اداء الثمن لم يستحق فسخ البيع ولو منعت المرأة زوجها من الانفاق عليها لم يستحق فسخ العقد كذا ههنا . (الوجه الثالث) أنه يلزم سيده أرفق الأمرين به من تخايطه مثل تلك المدة أو أجر مثله لأنه قد وجد سببها فكان للمكاتب أنفعها

(فصل) وإذا أوصى بأن يكاتب عبده صحت الوصية لأن الكتابة تتعلق بها حق الله تعالى وحق الآدمي فإذا أوصى به صح وتعتبر قيمته من ثلثه لأنه تبرع من جهته فإنه يبيع ماله بماله فإن خرج من الثلث لزهم كتابته ولا يعتبر مال الكتابة من ماله ذكره القاضي لأنه نماء ماله وفائدته ولأن الاعتبار بحالة الموت وهو لا يملك مال الكتابة ثم ينظر فإن عين مال الكتابة كاتبوه عليه سواء كان أقل من قيمته أو مثله أو أكثر فإن لم يعينه كاتبوه على ما جرى العرف بكتابة مثله به والعرف أن يكاتب العبد

بعد ذلك عتق ولا يعتق عند من أبطلها

(فصل) ويملك السيد أخذ ما في يده وإن فضل من الاداء فضل فهو لسيد هذا قول أبي الخطاب لأن كسب العبد لسيدته بحكم الاصل والمقدّم هنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته فلم ينقل الملك في العوض كسائر العقود الفاسدة ولأن الغلب فيها حكم الصفة المجردة وهي

بأكثر من قيمته لكون دينها مؤجلا ويجب رد ربه اليه ويعتبر في ذلك رضى العبد لان الكتابة لا تلزمه ولا يجوز اجباره عليها بخلاف ما لو وصى بعته فانه يعتق ولا يقف على اختياره ولا رضاه فان رد الوصية بطلت فان عاد فطابها لم تلزمه اجابته اليها لان وصيته بطلت بالرد فأشبه الوصية بالمال وإن لم يكن ردها وجبت اجابته اليها ، واذا أدى عتق وكلن ولاؤه للوصى بكتابه كما لو وصى بعته فان عجز فللوارث رده في الرق وإن لم يخرج من الثلث فانه يكتب منه ما خرج من الثلث وإن كان قد وصى بوصايا غير الكتابة لا يخرج من الثلث تحاصوا في الثلث وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله في الوصية ويتخرج أن تقدم الكتابة بناء على الرواية التي تقدم العتق لان الكتابة مقصودها العتق وتفضي اليه ويحتمل أن لا تقدم بحال لان العتق تغليب وسراية ليس هو لا كتابة وافضاؤها الى العتق لا يوجب تقديمها كما لو وصى لرجل بابنه فانه لا يقدم مع ان التصد بوصيته العتق ويفضي اليه

(فصل) فإن قال كاتبوا أحد رقيقى فللورثة مكتابة من شاءوا منهم في أحد الوجهين وفي الآخر يكتبون واحداً منهم بالقرعة وإن قال أحد عبيدي فكذاك إلا انه ليس لهم مكتابة أمة ولا خنثى مشكل لانه لا يعلم كون الخنثى عبداً أو أمة ، وإن قال أحد امائي فليس لهم مكتابة عبد ولا خنثى مشكل كذلك ، وإن كان الخنثى غير مشكل وكان رجلاً فلهم مكتابته اذا قال كاتبوا أحد عبيدي وإن كان أنثى فلهم مكتابته اذا قال كاتبوا أحد امائي لان هذا عيب فيه والعيب لا يمنع الكتابة والله أعلم

(فصل) والكتابة الفاسدة أن يكتب على عوض مجهول أو عوض حال أو محرم كالخنزير فاما إن شرط في الكتابة شرطاً فاسداً فالمنصوص انه لا يفسدها لكن يلتزم الشرط وتبقى الكتابة صحيحة ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة في البيع وهذا مذهب الشافعي

وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله ما يدل على ان الكتابة على العوض المحرم باطلة لا يعتق بالاداء فيها وهو اختيار أبي بكر فانه قد روى عن أحمد رضي الله عنه انه قال : اذا كتبه كتابة فاسدة فأدى ما كتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق بالاداء إلا في المحرمة

واختار القاضي انه يعتق بالاداء كسائر الكتابات الفاسدة ويمكن حل كلام القاضي على ما اذا جعل السيد الاداء شرطاً للعتق فقال اذا أدت إلي فأنت حر فأدى اليه فانه يعتق بالصفة المجردة لا بالكتابة ويثبت في هذه الكتابة حكم الصفة في العتق بوجودها لا بحكم الكتابة وأما غيرها من الكتابة الفاسدة فانها تساوي الصحيحة في أربعة أحكام (أحدها) انه يعتق بالاداء ما كتب عليه سواء

لا تثبت له في كسبه فكذا ههنا وفارق الكتابة الصحيحة فانها اثبتت الكتابة في العوض فاثبتته في العوض وقل القاضي ما في يد الم كاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الاداء له وهو مذهب

صرح بالصفة فقال ان أدبت إلي فانت حر او لم يقل لان معنى الكتابة يقتضي هذا فيصير كما صرح به فيعتق بوجوده كالكتابة الصحيحة

(الثاني) انه اذا عتق بالاداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه ذكره ابو بكر وهو ظاهر كلام احمد رضي الله عنه، وقل الشافعي رضي الله عنه : يتراجمان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه فيتقاصان بقدر أقلهما إن كانا من جنس واحد وبأخذ ذوافضل فضله لانه عقد معاوضة فاسدة فوجب التراجع فيه كالمبيع الفاسد

ولنا انه عقد كتابة لمعاوضة حصل العتق فيها بالاداء فلم يجب التراجع فيها كما لو كان العقد صحيحاً ولان ما أخذه السيد فهو من كسب عبده الذي لم يملك كسبه فلم يجب عليه رده والعبد عتق بالصفة فلم يجب عليه قيمته كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر

وأما البيع الفاسد فانه ان كان بين هذا وبين سيده فلا رجوع على السيد بما أخذه، وإن كان بينه وبين غيره فانه أخذ ما لا يستحقه ودفع الى الآخر ما لا يستحقه بعقد المتصود منه المعاوضة وفي مسئلتنا بخلافه (اثالث) أن المكاتب يملك ان تصرف في كسبه لان عقد الكتابة تضمن الاذن في ذلك وله أخذ اصدقات والزكوات لانه مكاتب يعتق بالاداء فذلك كافي في الكتابة الصحيحة (الرابع) انه اذا كاتب جماعة كتابة فاسدة فأدى أحدهم حصته عتق على قول من قال انه يعتق في الكتابة الصحيحة باداء حصته لان معنى العقد ان كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى إلى كل واحد منهم قدر حصته فهو حر، ومن قال لا يعتق في الصحيحة إلا ان يؤدي الجميع فهمنا أولى وتعارض الصحيحة في ثلاثة أحكام (أحدها) ان لكل واحد من السيد والمكاتب فسخما ورفعها سواء كان ثم صفة او لم تكن وهذا قول أصحاب الشافعي رضي الله عنه لان الفاسد لا يلزم حكمه والصفة ههنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها لان المعاوضة هي المتصودة فلما أبطل المعاوضة اتي هي الاصل بعات الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة ولان السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بان يسلم له العوض المسمى فإذا لم يسلم كان له ابطالها بخلاف الكتابة الصحيحة فن العوض سلم له فكان العقد لازماً له

(الثاني) ان السيد اذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولا يعتق بذلك لان المال غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة وجري هذا مجرى الصفة المجردة في قوله اذا أدبت إلي ألفاً فانت حر

الشافعي لانها كتابة يعتق بالاداء فيها فيثبت هذا الحكم فيها كالصحيحة والاول اصح لما بين الفاسدة والصحيحة من الفروق

❦ مسألة ❦ (وهل يتبع الكتابة ولدها فيها؟ على وجهين)

(الثالث) انه لا يلزم السيد أن يؤدي اليه شيئاً من الكتابة لان العتق ههنا بالصفة المجردة فأشبهه ما لو قال اذا أدبت إلي الفأنت حر واختلف في أحكام أربعة (أحدها) في بطلان الكتابة بموت السيد فذهب القاضي وأصحابه الى بطلانها وهو قول الشافعي رضي الله عنه لانه عقد جائز من الطرفين لا يؤول الى الزوم فيبطل بالموت كالوكالة ولان الغلب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت فكذلك هذه الكتابة وقال ابو بكر لا تبطل بالموت ويعتق بالاداء إلى الوارث وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه مكاتب يعتق بالاداء الى السيد فيعتق بالاداء إلى الوارث كما في الكتابة الصحيحة ولان الفاسدة كالصحيحة في باب العتق بالاداء وفي ان اولد يتبعه فكذلك في هذا

(والثاني) في بطلانها بمجنون السيد والحجر عليه لسفه والخلاف فيه كالحلاف في بطلانها بموته والاولى انها لا تبطل ههنا لان الصفة المجردة لا تبطل بذلك والغلب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعل هذا لو أدى الى سيده بعد ذلك عتق وعلى قول من ابطالها لا يعتق

(الثالث) ما في يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الاداء له دون سيده في قول القاضي ومذهب الشافعي رضي الله عنه لانها كتابة يعتق بالاداء فيها فكان هذا الحكم ثابتاً فيها كالصحيحة وقال ابو الخطاب ذلك لسيد في الوضعين لان كسب العبد لسيد محكم الاصل والمقدّم ههنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته فلم ينقل الملك في العوض كسائر العقود الفاسدة ولان الغلب فيها حكم الصفة المجردة وهي لا تثبت الملك له في كسبه فكذا ههنا وفارق الكتابة الصحيحة فانها تثبت الملك في العوض فأثبتته في العوض (الرابع) هل يتبع المكاتب ولدها؟ قال ابو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) يتبعها لانها كتابة يعتق فيها بالاداء فيعتق بها ولدها كالكتابة الصحيحة (والثاني) لا يتبعها وهو أقس وأصح لما ذكرنا في الذي قبله ، ولان الاصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص أو معنى نص ، وما وجد واحد منهما ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الاصل والله أعلم

(أحدها) يتبعها لانها كتابة تعتق فيها بالاداء فيعتق ولدها به كالكتابة الصحيحة (والثاني) لا يتبعها وهو أقس وأصح لان الاصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص أو معنى نص وما وجد واحد منهما ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الاصل
﴿ مسألة ﴾ (وقال أبو بكر لا تنفسخ بموت السيد ولا جنونه ولا الحجر عليه للسفه) وقد ذكرناه



كتاب عتق امهات الاولاد

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه ولا خلاف في إباحة التسري ووطء الاماء لقول الله تعالى ١ والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين (وقد كانت مارية القبطية أم ولد للنبي ﷺ وهي أم ابراهيم ابن النبي ﷺ التي قل فيها «اعتقها ولدها وكانت هاجر أم اسماعيل عليه السلام سرية ابراهيم خليل الرحمن عليه السلام وكان لعمر بن الخطاب رضي الله عنه أمهات أولاد أوصى لكل واحدة منهن باربعمائة وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد ولكثير من الصحابة وكان علي بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد . وروي ان الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الاولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة من أمهات الاولاد فرغب الناس فيهن ، وروي عن سالم بن عبد الله قال كان لابن رواحة جارية وكان يريد الخلوة بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فنذرت به امرأته وقالت: أفعلها؟ قال : ما فعلت قالت فقرأ إذا فقال

شهدت بأن وعد الله حق وان النار مثوى الكافرين
وان العرش فوق الماء طاف وفوق العرش رب العالمينا
وتحمله ملائكة شداد ملائكة الآله مسومينا

(باب أحكام أمهات الاولاد)

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه ولا خلاف في إباحة التسري ووطء الاماء لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وقد كانت مارية القبطية أم ولد للنبي ﷺ وهي أم ابراهيم ابن النبي ﷺ التي قل فيها النبي ﷺ «اعتقها ولدها» وكانت هاجر سرية ابراهيم عليه الصلاة والسلام أم اسماعيل عليه السلام وكان لعمر ابن الخطاب رضي الله عنه أمهات أولاد أوصى لكل واحدة منهن باربعمائة وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد لكثير من الصحابة وكان علي بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد وروي ان الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الاولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة فرغب الناس فيهن وروي عن سالم بن عبد الله قال كان لابن رواحة جارية وكان يريد الخلوة بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فنذرت به امرأته وقالت أفعلها؟ قل ما فعلت قالت فاقرأ إذا فقال

شهدت بأن وعد الله حق وان النار مثوى الظالمينا
وان العرش فوق الماء طاف وفوق العرش رب العالمينا
ويحمله ملائكة شداد ملائكة الآله مسومينا

(المغني والشرح الكبير) حكم مالو وطىء الرجل أمته فأنت بولد بعد ستة أشهر من وطئه ٤٨٩

قالت أما إذا قرأت فاذهب إذا فأتى النبي ﷺ فأخبره قال فلقد رأيته يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت؟ » فأكرره عليه فيضحك

(فصل) فاذا وطىء الرجل أمته فأنت بولد بعد وطئه بستة أشهر فصاعداً لحقه نسبه وصارت له بذلك أم ولد، وإن أنت بولد تام لاقل من ستة أشهر لم يلحقه نسبه لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر بدليل ما روى الحسن أن امرأة ولدت استة أشهر فأتى بها إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فهم برجمها فقال له علي رضي الله عنه ليس لك ذلك إن الله يقول (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) فقد يكون في البطن ستة أشهر والرضاع أربعة وعشرون شهراً فذلك تمام ما قال الله تعالى (ثلاثون شهراً) فخلا عنها عمر، وروى عن ابن عباس أنه قال ذلك لعمان ومن اعترف بوطء أمته فأنت بولد يمكن أن يكون منه لحقه نسبه ولم يكن له نفيه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: حصنوا هذه الولائد فلا يطاء رجل وليدته ثم ينكر ولدها إلا ألزمتها إياه رواه سعيد وعن ابن عمر قال: قال عمر أيماء رجل غشي أمته ثم ضيعها فالضيعة عليه والولد ولده رواه سعيد أيضاً ولأن أمته صارت فراشاً بالوطء فلحقه ولدها كالمرأة ولغوله ﷺ «الولد للفراش» فإن نفاه سيدها لم ينتف عنه إلا أن يدعي أنه استبرأها وأنت بالولد بعد استبرائها بستة أشهر فينتفي عنه بذلك وهل يحلف على ذلك؟ على وجهين وقد روي عن الحسن قال إذا أنكر الرجل ولده من أمته فله ذلك وعن الشعبي أنه كان يقول ينتفي من ولده إذا كان من أمته متى شاء

قالت أما إذا قرأت فاذهب فأتى النبي ﷺ فأخبره قال فلقد رأيته يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت؟ » فأكرره عليه فيضحك

(مسئلة) (إذا حملت الامة من سيدها فوضعت ما يتبين فيه خلق الانسان صارت له بذلك أم ولد فاذا ماتت عتقت وان لم يملك غيرها)

ذكر ههنا لمصير الامة أم ولد شرطين (أحدهما) أن تحمّل بهن في ملكه سواء كان من وطء مباح أو محرم كالوطء في الحيض والنفس والاحرام والظهار فإما ان علقته منه في غير ملكه لم تصر بذلك أم ولد سواء علمت منه بمملوك مثل أن يطاها في ملك غيره بنكاح أو زنا أو علقته بحر مثل أن يطاها بشبهة أو غير من امة فزوجها على أنها حرة فاستولدها أو اشترى جارية فاستولدها ثم ظهرت مستحقة فإن الولد حر ولا تصير الامة أم ولد في هذه المواضع بحال فإن ملكها بعد ذلك ففيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى (الشرط الثاني) أن تضم ما يتبين فيه شيء من خلق الانسان من رأس أو يد أو رجل أو تخيط سواء وضعت حياً أو ميتاً وسواء أسقطته أو كان تاماً قال عمر رضي الله عنه إذا ولدت الامة من سيدها فقد عتقت وإن كان سقطاً وروى الاثرم بإسناده عن ابن عمر أنه قال اعتقها ولدها وإن كان سقطاً وقال الاثرم قلت لابي عبد الله أم الولد إذا اسقطت لا تعتق فقال إذا تبين فيه يد أو

٤٩٠ حكم ما لو وطئ الرجل أمته فأنت بولد بعد ستة أشهر من وطئته (المغني والشرح الكبير)

ولنا قول عمرو أنه ولد على فراشه فلم يكن له نفيه كولد من زوجته فإن أقر به لم يكن له نفيه بعد ذلك لأنعلم فيه خلافاً، قال إبراهيم إذا أقر بولده فليس له أن ينتفي منه فإن انتفى منه ضرب الحد والحق به الولد . وقال شريح الرجل أقر بولده لا سبيل لك أن تنتفي منه وكذلك إن هوى به فسكت أو أمن على الدعاء لأنه دليل على الرضا به فقام مقام الإقرار به ، وإن كان يظاً جاريته وادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف. الولد بذلك لما روى أبو سعيد أنه قال يا رسول الله إنا نصيب النساء ونحب الأئمان أفنعزل عنهن ؟ فقال « ان الله إذا قضى خلق نسمة خلقها » وعن جابر قال جاء رجل من الانصار الى رسول الله ﷺ فقال « ان لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمّل فقال « اعزل عنها ان شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها » قل فلبث الرجل ثم أتاه فقال ان الجارية قد حملت فقال « قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قدر لها » رواه أبو داود . وعن أبي سعيد أنه قال كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق إلي يعني ابنه ، وعن ابن عمر ان عمر قال ما بال رجال يطشون ولا ندم ثم يعزلونهن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه أتاها إلا ألحقت به ولدها فأعزلوا بعد ذلك أو أتركوا ولانها بالوطء صارت فراشا وقد قال النبي ﷺ « الولد للفراش » ولما تنازع عبد بن زمعة وسعد في ابن وليدة زمعة فقال عبد هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر » متفق عليه ولأنه قد يسبق من النساء ما لا يحسن به فيخلق منه الولد . وقد روي عن ابن عمر وزيد بن ثابت ما يدل على ان الولد

رجل أو شيء أو خلقة فقد عتقت هذا قول الحسن والشافعي وقال الشعبي إذا نكس في الخلق الرابع فكان مخلقاً انقضت به عد. الحرة وعتقت به الامة قال شيخنا ولا اعلم في هذا خلافاً بين من قال بشبوت حكم الاستيلاد، فاما ان اقلت نطفة او علقه لم يثبت به شيء من احكام الولادة لانه ليس بولد وروى يوسف بن موسى ان ابا عبد الله قيل له ما تقول في الامة اذا ألقت مضغة او علقه؟ قال تعتق وهذا قول إبراهيم النخعي وذكر الخري لمصيرها أم ولد شرطاً ثالثاً وهو ان تحمل بحر ويتصور ذلك في الملك في موضعين (أحدهما) في العبد اذا ملكه سيده وقلنا إنه يملك فوطئ أمته فاستولدها فولده مملوك ولا نصير الامة به أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك وسواء اذن له سيده في التسري بها أو لم يأذن (الثاني) إذا استولد المكاتب أمته فان ولده مملوك له ولا يثبت للامة أحكام أم الولد في العتق بموته في الحال لان المكاتب ليس بحر وكذلك ولده منها فالولى ان لا تتحرر هي ومتى عجز المكاتب وعاد الى الرق أو مات قبل أداء كتابته فهي أمة فن كالعبد القن وهل يملك المكاتب بيعها ؟ فيه اختلاف ذكرناه في باب المكاتب

لا يلحق به مع العزل فروى سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن فتى من أهل المدينة أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه كان يعزل عن جارية له فجاءت بحمل فشق عليه وقال اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منهم فإن آل عمر ليس بهم خفاء فولدت ولداً أسود فقال ممن هو؟ قالت من راعي الأبل بحمد الله وأثنى عليه، وقال حدثنا سفيان عن حماد عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد أن زيد بن ثابت كانت له جارية فارسية وكان يعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجعلها الحد وقال إنما كنت استعطيت نفسك ولا أريدك، وفي رواية قال ممن حملت؟ قالت منك. فقال كذبت وما وصل اليك مني ما يكون منه الحمل وما أطوك إلا أني استعطيت نفسك. وقال الثوري وأبو حنيفة لا تصير فراشاً ولا يلحقه ولدها إلا أن يقر بولدها فيلحقه أولادها بعد ذلك. ولنا ما ذكرناه وقول عمر الموافق للسنة أولى من قوله فيما خالفها

(فصل) وإن اعترف بوطء أمته في الدبر أو دون الفرج فقد روي عن أحمد رضي الله عنه أنه يلحقه ولدها وتصير فراشاً بهذا وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي رضي الله عنه ولأنه قد يجامع فيسبق الماء إلى الفرج، والصحيح في هذا أن شاء الله تعالى أنها لا تصير بهذا فراشاً لأنه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص ولا يثبت الحكم بالإبدليل ولا ينتقل عن الأصل إلا بما نقل عنه. إذا ثبت هذا فكل موضع لحقه الولد من أمته إذا حملت به في ملكه فلولد حر الأصل لا ولاء عليه وتصير به الأمة أم ولد

❦ مسألة ❦ (وتعتق بموت سيدها من رأس المال وإن لم يملك سواها)

وهذا قول كل من رأى عتقهم لا نلهم بينهم خلافاً في ذلك وسواء ولدت في الصحة أو المرض لأنه حصل بالنداء وشهوته وما يتلفه في لذاته يستوي فيه حل الصحة والمرض كالذي يأكله ويلبسه ولأن عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوي فيه المرض والصحة كقضاء الدين والتدبير والوصية قال سعيد ثنا عن يحيى بن سعيد عن نافع قال أدرك ابن عمر رجلاً فقال أنا تركنا هذا الرجل يبيع أمهات الأولاد يعنيان ابن الزبير فقال ابن عمر أترد أن أبا حفص؟ فإنه قضى في أمهات الأولاد أن لا يبعن ولا يوهبن يستمتع بها صاحبها فإذا مات فهي حرة وقال ثنا عتاب عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عمر ما من رجل كان يقرأه كان يقرأه بوطء جاريته بموت إلا اعتقها وإن كان سقطاً وروى ابن ماجه عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «إما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه»

(فصل) وإذا عتقت بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها لأن أم الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر ما في يدها له فإذا مات سيدها فتمت انتقل ما في يدها إلى ورثته كسائر

(مسئلة) قال (وأحكام أمهات الاولاد أحكام الاماء في جميع أمورهن الا انهن لا يمين)

وجملة ذلك ان الأمة اذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاد وحكمها حكم الاماء في حل وطلها لسيدها واستخدامها وملك كسبها وتزويجها واجارتها وعتقها وتكليفها وحدها وعورتها وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن مالك انه لا يملك اجارتها وتزويجها لانه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها واجارتها كالحره

ولنا انها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها واجارتها كالمدره ولانها مملوكة تعتق بموت سيدها فأشبهت المدره وانما منع بيعها لانها استحققت أن تعتق بموته وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والاجارة ويبطل دليلهم بالموقفه والمدره عند من منع بيعها. اذ اثبت هذا فانها تخالف الأمة التي في انها تعتق بموت سيدها من رأس المال ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ولا ما يزداد للبيع وهو الرهن ولا تورث لانها تعتق بموت السيد ويزول الملك عنها روي هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير بإباحة بيعهن واليه ذهب داود قال سعيد حدثنا سفيان عن عمرو بن عطاء عن ابن عباس في أم الولد قل بها كما تباع شاتك أو بعيرك. قال وحدثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال خطب علي الناس فقال شاوري عمر في أمهات الاولاد فرأيت أنا وعمر أن أعتقن قضي به عمر حياته وعثمان حياته فلما وليت

ماله وكما في يد المدره بخلاف الكاتبة فان كسبها في حياة سيدها لها فاذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق

(فصل) ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر في هذا في قول أهل الفتاوى من أهل الامصار لان ما يتعلق به العتق يستوي فيه المسلم والكافر كالندير والكتابة ولان عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه فاذا استويا في حكمه وقد روى سعيد ثنا هشيم ثنا منصور عن ابن سيرين عن أبي عطية الهمداني عن عمر بن الخطاب قال في أم الولد: ان اسلمت وأحصنت وعفت اعتقت وان كفرت وفجرت وغدرت رقت وقال هشيم حدثنا يحيى بن آدم عن أم ولد رجل ارتدت عن الاسلام فكتب في ذلك الى عمر بن عبد العزيز فكتب عمر ان يبعوها ليسبها أحد من أهل دينها فعلى هذا الحديث ينبغي ان يختص العتق بالمسلمة العفيفة وترق الكافرة الفاجرة والله أعلم

(مسئلة) (وان وضعت جسما لا تخطيط فيه فعلى روايتين)

أما اذا وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمي فشهد ثقات من القوا بل ان فيها صورة خفية تعلقت بها الاحكام لانهم اطلعوا على الصورة التي خفيت على غيرهم وان لم يشهدوا

(الفني والشرح الكبير) أحكام أمهات الاولاد احكام الاماء غير انهن لا يمين ٤٩٣

رأيت أن أرفهن . قال عبيدة فرأي عمر وعلي في الجماعة أحب إلينا من رأي علي وحده ، وقد روى صالح بن أحمد قال قلت لأبي أي شيء تذهب في بيع أمهات الاولاد ؟ قل أكرهه وقد باع علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقال في رواية إسحاق بن منصور لا يجنبني بيعهن ، قل أبو الخطاب فظاهر هذا أنه يصح بيعهن مع الكراهة فجعل هذا رواية ثانية عن أحمد رضي الله عنه والصحيح أن هذا ليس برواية مخالفة لقوله انهن لا يمين لان السافرحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيراً ومتى كان التحريم والمنع مصرحاً به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ولا يحمل ذلك اختلافاً ولمن اجاز بيعهن أن يحتج بما روى جابر قل بئنا أمهات الاولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر فلما كان عمر رضي الله عنه نهانا فالتهدينا رواه أبو داود وما كان جائزاً في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر لم يحز نسخه بقول عمر ولا غيره ولان نسخ الاحكام انما يجوز في عصر رسول الله ﷺ لان النص انما ينسخ بنص مثله وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به فن اصحاب النبي ﷺ كانوا يتركون اقوالهم لقول رسول الله ﷺ ولا يتركونها بأقوالهم وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه ولو بلغه لم يعد الى غيره ولا انها مملوكة ولم يمتقها سيدها ولا شيئاً منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كما لو ولدت من ابيه في نكاح او غيره ولان الاصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا اجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه ولان ولادتها لو كانت مرجوبة لمتقها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر اسبابه وروي عن ابن عباس رواية اخرى انها

بذلك لكن علم أنه مبتدأ خلق آدمي بشهادتهن أو غير ذلك ففيه روايتان (إحداهما) لا تصير به الامة أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ولا يجب على المضارب التلف له غرة ولا كفارة وهذا ظاهر كلام الحرقى والشافعي وظاهر ما نقله الاثرم عن أحمد وظاهر قول الحسن والشعبي وسائر من اشترط ان يتبين فيه شيء من خلق الآدمي

(واثنائية) تتعلق به الاحكام الاربعة لانه مبتدأ خلق آدمي أشبه اذا تبين وخرج أبو عبد الله ابن حامد رواية ثالثة وهي ان الامة تصير ام ولد ولا تنقضي به عدة الحرة لانه روي عن أحمد اذا وضعت شيئاً فمسته القوا بل فملن أنه لم ولم يتبين لحمه فيحتاط في العدة باخرى ويحتاط بعتق الامة فظاهر هذا أنه حكم بعتق الامة ولم يحكم بانقضاء العدة لان عتق الامة تحصيل الحرية فاحتيط بتحصيلها والعدة يتعلق بها تحريم التزويج وحرمة الفرج فاحتيط بإبقائها وقال بعض الشافعية بالعكس لا يجب العدة ولا تصير الامة ام ولد لان الاصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح لان العدة كانت ثابتة والاصل بقاءها على ما كانت عليه والاصل في الآدمي الحرية فتغلب على ما يفضي اليها

﴿ مسألة ﴾ (وان اصابها في ملك غيره بنكاح أو غيره ثم ملكها حاملاً عتق الجنين ولم تصر أم ولده وعنه تصير)

تجعل في سهم ولدها لتعتق عليه ، وقال سعيد حدثنا سفيان حدثنا الاعمش عن زيد بن وهب قال مات رجل منا وترك ام ولد فأراد الوليد بن عقبة ان يبيعهما في دينه فأثاب عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له فقال ان كان ولا بد فاجعلوها في نصيب اولادها

ولنا ما روى عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله ﷺ فقال « اعتقها ولدها » رواها ابن ماجه

وذكر الشريف ابو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه نهى عن بيع أمهات الاولاد ولا يبعن ولا يرهن ولا يرثن ويستمتع بها سيدها ما بدا له فان مات فهي حرة وهذا فيما أظن عن عمر ولا يصح عن النبي ﷺ ، ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم بدليل قول علي كرم الله وجهه كان رأيي ورأي عمر ان لا تباع أمهات الاولاد ، وقوله قضي به عمر حياته وعثمان حياته وقول عبيدة رأيي علي كرم الله وجهه وعمر في الجماعة أحب الينا من رأيه وحده

وروى عكرمة عن ابن عباس عن : قال عمر رضي الله عنه : ما من رجل كان يقر بانه يطاء جاريته ثم يموت إلا اعتقها ولدها اذا ولدت وإن كان سقعا ، ذن قيل فكيف تصح دعوى الاجماع مع مخالفة علي وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم ؟ قلنا قد روي عنهم الرجوع عن المخالفة فقد روى عبيدة قال بعث إلي علي كرم الله وجهه وإلى شريح أن اقضوا كما كنتم تقضون فاني أبغض

وسواء ملكها أم لا فولدت في ملكها أو ما ملكها بعد ولادتها وبه قول الشافعي لانها علققت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها لان الاصل بقاء الرق وانما خولف هذا الاصل فيما اذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضي الله عنهم ففيما عداه يبقى على الاصل ونقل ابن أبي موسى عن أحمد أنها تصير أم ولد في الحالين وهو قول الحسن وأبي حنيفة لانهم أم ولد وهو مالك لما فيثبت لها حكم الاستيلاد كما لو حملت في ملكه قل شيخنا ولم أجده هذه الرواية عن أحمد فيما اذا ملكها بعد ولادتها انما نقل عنه التوقف عنهما في رواية منها فقال لا أقول فيها شيئا وصرح في رواية سواد بجواز بيعها فقال لا أرى بأسا ان يبيعهما انما الحسن وحده قل إنها أم ولد وقال أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون انها لا تصير أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها ، كان عبيدة السلماني يقول يبيعهما وشرع و ابراهيم والشعبي اما اذا ملكها حاملا فظاهر كلام أحمد أنها تصير أم ولد وهو مذهب مالك لانها ولدت منه في ملكه فاشبهه مالهو أحجلها في ملكه وقد صرح أحمد في رواية اسحاق بن منصور أنها لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملا وروى عنه ابنه صالح قل سألت أبي عن الرجل ينكح الأمة فتلد منه ثم يبتاعها قال لا تكون أم ولده قلت فان اشتراها وهي حامل منه قال اذا كان الوطء يزيد في الولد وكان يفتوها بعد ما اشتراها وهي حامل كانت أم ولد له قل ابن حامد ان وطئها في ابتداء حملها او بواسطة صارت له بذلك أم

الاختلاف وابن عباس قال ولد أم الولد بمنزلتها وهو الراوي لحديث عتقن عن النبي ﷺ وعن عمر فيدل على موافقته لم ثم قد ثبت الإجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ فإن الأمة لا تجتمع على ضلالة ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته ولو جاز ذلك في بعض العصر لجاز في جميعه ورأي الموافق في زمن الاتفاق خير من رأيه في الخلاف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره ؟ فإن قيل فلو كان الاتفاق في بعض العصر إجماعاً حرمت مخالفته فكيف خالفه هؤلاء الأئمة الذين لا يجوز نسبتهم إلى ارتكاب الحرام ؟ قلنا الإجماع ينقسم إلى مقطوع به ومظنون وهذا من المظنون فيمكن وقوع المخالفة منهم له مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ولا يخرج بمخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا

فأما قول جابر بنأ أمهات الأولاد في عهد رسول الله ﷺ وإبي بكر فليس فيه تصريح بأنه كان يعلم رسول الله ﷺ ولا علم أبي بكر فيكون ذلك واقعاً من فعلهم على انفرادهم فلا يكون فيه حجة ويتعين حمل الأمر على هذا لأنه لو كان هذا واقعاً يعلم رسول الله ﷺ وإبي بكر وأقرا عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة بعدهما على مخالفتهما ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر ينكر عليهم ويقول كيف يخالفون فعل رسول الله ﷺ وفعل صاحبه ؟ وكيف يتركون سنتها ويحرمون ما أحل من هذا ؟ ولأنه لو كان ذلك واقعاً بهما لاحتج به علي حين رأى يعين واحتج به كل من وافقه على يعين ولم يجر شيء من هذا فوجب أن يحمل الأمر على ما حملناه عليه فلا يكون فيه إذاً حجة، ويحتمل أنهم باعوا أمهات الأولاد في النكاح لافي الملك

(فصل) ومن أجاز بيع أم الولد فعلى قوله أن لم يبعها حتى مات ولم يكن له وارث إلا ولدها

ولد لأن الماء يزيد في سمع الولد وبصره وقول القاضي أن ملكها حاملاً فلم يطأها حتى وضعت لم تصر أم ولد وإن وطئها حال حملها نظرنا فإن كان بعد أن كل الولد وصار له خمسة أشهر لم تصر بذلك أم ولد وإن وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد لأن عمر قال أبعد ما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بمعدوهن ؟ فقال بالخلطة والمخالطة ههنا حاصلة لأن الماء يزيد في الولد ولأن الحرية البعض أثراً في تحرير الجميع بدليل ما لو اعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد وقال أبو الخطاب إن وطئها بعد الشراء فهي أم ولد وكلام الخرافي يقتضي أن لا تكون أم ولد إلا أن تحبل منه في ملكه وهو الذي رواه إسحاق بن منصور عن أحمد وهو ظاهر المذهب لأنهم لم تعلق منه بحرق لم يثبت له حكم لاستيلاذ كالو زنى بإثم اشتراها ولأن حملها منه إذا لم يقد الحرية لرلدها فلان لا يفيد لها الحرية أولى ويفارق هذا ما إذا حملت منه في ملكه فإن الولد حر فتحرر بتره وما ذكره من أن الولد يذفيه الوطاء غير مستيقن فلا يثبت الحكم بالشك ولو ثبت أنه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة بدليل ما لو ملكها وهي حامل منه من زنا أو غيره فوطئها لم تصر أم ولد وإن زاد الولد به ولأن حكم الاستيلاذ إنما ثبت بالإجماع

عتقت عليه وإن كان لها وارث سوى ولدها حسبت من نصيب ولدها فعتقت وكان له ما بقي من ميراثه وإن لم يبق شيء فلا شيء له وإن كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة إلا على قول من قال أنه إذا ورث سهمها ممن يعتق عليه سرى العتق إلى باقيه وإن لم يكن لها ولد من سيدتها ورثها كسائر رقيقه

(مسئلة) قل (وإذا أصاب الأمة وهي في ملك غيره بنكاح فحملت منه ثم ملكها حاملا عتق المجنين وإن لم يبعها)

وجانته أنه إذا تزوج أمة غيره فأولدها أو أحبالها ثم ملكها بشراء أو غيره لم تصير أم ولده بذلك سواء ملكها حاملا فولدت في ملكه أو ملكها بعد ولادتها وبهذا قل الشافعي رضي الله عنه لأنها خلقت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها ولأن الأصل الرق وانه أخواف هذا الأصل فيما إذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضي الله عنهم ففما عداه يبقى على الأصل وتقل إناخى بن أبي موسى عن أحمد رضي الله عنه أنها تصير أم ولد في الحالين وهو قول الحسن وأبي حنيفة لأنها أم ولده وهو مالك لما ثبت لها حكم الاستيلاد كما لو حملت في ملكه ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فيما إذا ملكها بعد ولادتها إنما نقل عنه التوقف عنها في رواية مهنا فقال لأقول فيها

في حق من حملت منه في ملكه وماعداد ليس في معناه وليس فيه نص ولا إجماع فوجب أن لا يثبت هذا الحكم ولأن الأصل الرق فتبقى على ما كانت عليه

(نصل) قل أحمد فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها فإن الولد لا يلحق بالمشترى ولا يبيعه لكن يعتقه لأنه قد شرك فيه لأن الماء يزيد في الولد ، وقد روي عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ أنه مر بامرأة مجح على باب فسقاط قل «لعله يريد أن يلم بها؟» قالوا نعم فقال رسول الله ﷺ «لقد هممت أن ألهة لعنا يدخل معه قبره كيف يورثه وهو لا يحل له؟ أم كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟» رواه أبو داود يعني أنه لو استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لأنه ليس بولده فإن أخذه مملوكا استخدمه لم يحل له لأنه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد .

(فصل) إذا وطئ الرجل جارية ولده فإن كان قد ملكها وقبضها ولم يكن الولد وطئها ولا تعلق بها حاجته فقد ملكها الأب بذلك وصارت جاريته والحكم فيه كما لو اشتراها وإن وطئها قبل تملكها فقد فعل محرما لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون * إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابنتي وراء ذلك فأولئك هم العادون) وهذه ليست زوجته ولا ملك يمينه فإن قيل فقد قل النبي ﷺ «ننت ومالك لا يبيك» فأضاف مال الابن إلى أبيه بلام الملك والاستحقاق فيدل على أنه ملكه قلنا لم يرد النبي ﷺ حقيقة الملك بدليل أنه أضاف إليه الولد وليس بمملوك وأضاف

شيئاً وصرح في رواية جماعة سواء بجواز بيعها فقال لا ارى بأساً ان يبيعها اما الحسن وحده قال انها ام ولد وقال اكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون لا تكون ام ولد حتى تلد عنده وهو يملكها فان عبدة الساماني يقول نبيها وشرح و ابراهيم وعامر الشعبي واما اذا ملكها حاملاً فظاهر كلام احمد رضي الله عنه انها تصير ام ولد وهو مذهب مالك رضي الله عنه لانها ولدت منه في ملكه فأشبهه ما لو احبلها في ملكه وقد صرح احمد رضي الله عنه في رواية اسحاق بن منصور انها لا تكون ام ولد حتى يحدث عنده حملاً وروى عنه ابنه صالح قل سألت ابي عن الرجل ينكح الامة فتلد منه ثم يبتاعها قل لا تكون ام ولد له قلت فان استبرأها وهي حامل منه قال اذا كان الوطء يزيد في الولد وكان يطاها بعدما اشتراها وهي حامل منه كانت ام ولد له قال ابن حامد ان وطئها في ابتداء حملها او توسطه كانت بذلك ام ولد له لان الماء يزيد في سمع الولد وبصره وقال القاضي ان ملكها حاملاً فلم يطاها حتى رضعت لم تصير ام ولد له وان وطئها حال حملها نظرنا فان كان بعد ان كمل الولد وصار له خمسة اشهر لم تصير به ام ولد وان كان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد لان عمر رضي الله عنه قال بعدما اختلطت دماؤكم ودماءؤهن ولحومكم ولحومهن بعتوهن؟ فملل بالخالطة والخالطة ههنا حاصلة لان الماء يزيد في الولد ولان الحرية لبعض اثر في تحرير الجميع بدليل ما اذا انتق احد الشريكين نصيبه من العبد

اليه ماله في حال اضافته الى الولد ولا يكون الشيء ملكا لمالكين حقيقة بدليل انه يحل له وطئ امائه والتصرف في ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه ولان الولد لو مات لم يرث ابوه منه الا ما قدر له ولو كان ماله لا ختم به ولو مات الاب لم يرث ورثته بل ابنه ولا يجب على الاب حج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه فعلم ان النبي ﷺ انما أراد التجوز بتشبيهه بماله في بعض أحكامه . اذا ثبت هذا فانه لا حد على الاب للشبهة لانه اذا لم يثبت له حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرك الحد فان الحد يدرك بالشبهات ولكن يعز لان وطئ وطئ محرماً فأشبهه وطء الجارية المشتركة وفيه وجه آخر أنه لا يعز لان مال ولده كماله ولا يصح لان ماله مباح له غير ملوم عليه بخلاف وطء الاب فانه عاد فيه ملوم عليه فان علقت منه فولد حر لانه من وطء درى فيه الحد لشبهة الملك فـ كان حراً كولد الجارية المشتركة ولا يلزمه قيمته لان الجارية تصير ملكاً له بالوطء فيحصل علقها بالولد وهي ملكه وتصير ام ولد له تعتق بموته وتنقل الى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي في أحد قولييه وقال في الآخر لا تصير ام ولد له ولا يملكها لانه استولدها في غير ملكه فأشبهه الاجنبي ولان ثبوت احكام الاستيلاء انما كان بالاجماع فيما اذا استولد مملوكته وهذه ليست مملوكته ولا في معنى مملوكته لانها محرمة عليه فوجب ان لا يثبت لها هذا الحكم لان

وقال ابو الخطاب ان وطئها بعد الشراء فهي ام ولد وكلام الخزي يقتضي انها لا تكون ام ولد الا أن تحبل منه في ملكه وهو الذي نص عليه احمد رضي الله عنه في رواية اسحاق بن منصور فقال لا تكون ام ولد حتى تحدث عنده حملا لانها لم تعلق منه بحر فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها يحقق هذا أن حملها منه ما أفاد الحرية لولده فلأن لا يفيد الحرية أولى ويفارق هذا ما اذا حملت منه في ملكه فان الولد حر فيتحرر بتحريره وما ذكره من زيادة الولد بالوطء غير متيقن فان هذا الولد يحتمل أنه زاد، ويحتمل انه لم يزد فلا يثبت الحكم بالشك ولو ثبت انه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة بدليل ما لو ملكها وهي حامل من زنا منه او من غيره فوطئها لم تنصر أم ولد. وان زاد الولد به ولان حكم الاستيلاد انما يثبت بالاجماع في حق من حملت منه في ملكه وما عداه ليس في معناه وليس فيه نص ولا اجماع فوجب أن لا يثبت هذا الحكم ولان الاصل الرق فيبقى على ما كان عليه

(فصل) قل احمد رضي الله عنه فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها فان الولد لا يلحق بالمشترى ولا يبيعه ولكن يمتعه لانه قد شرك فيه لان الماء يزيد في الولد وقد روي عن ابي الدرداء عن النبي ﷺ انه سر بامرأة مجح على باب فسطاط فقال « لعله يريد أن يلم بها؟ » قالوا نعم فقال رسول الله ﷺ « لقد هممت أن ألعنه لعنا يدخل معه في قبره كيف

الاصل الرق فبقى على الاصل ولان الوطء المحرم لا ينبغي أن يكون سببا لذلك الذي هو نعمة وكرامة لانه يفضي الى تعاطي المحرمات .

ولنا أنها عقلت منه بحر لاجل الملك فصارت أم ولد له كالجارية المشتركة وبهذا فارق وطأ الاجنبي. إذا ثبت هذا فانه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها، وقال أبو حنيفة لا يلزمه مهرها وتلزمه قيمتها لانه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم أشبه ما لو قتلها وانما لم يلزمه مهرها لانه اذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع في ضمانها فلم يضمه ثانيا كما لو قطع يدها فسرى القطع الى نفسها فانه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد، وقال الشافعي يلزمه مهرها لانه وطئ جارية غيره وطئا محرما فلزمه مهرها كلاجنبي وتلزمه قيمتها على اقول بكونها أم ولد كما يلزم أحد الشرعيين نصيب شريكه اذا استولد الجارية المشتركة ولنا قول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » وانه لا يلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كملوكته ولانه وطئ صار به الموطوءة أم ولد لا مولا يختص ببعضها فاشبه استيلاد مملوكته

(فصل) فان كان الابن قد وطئ جاريته ثم وطئها أبوه فاولدها فقد روي عن احمد فيمن وقع على جارية ابنه ان كان الاب قابضا لها ولم يكن الابن وطئها فهي أم ولد فليس للابن فيها شيء قال القاضي : فظاهر هذا أن الابن ان كان قد وطئها لم تنصر أم ولد للاب باستيلادها لانها محرم عليه تحريماً مؤبداً بوطء ابنه ولا تحل له بحال فاشبه وطئ الاجنبي فعلى هذا القول لا يملكها

يورثه وهو لا يحل له؟ أم كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟ رواه أبو داود يعني إن استأخذه وشركه في ميراثه لم يحل له لانه ليس بولده فان أخذه بملوكا يستخدمه لم يحل له لانه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد

(فصل) وإذا وطئ الرجل جارية ولده فان كان قد قبضها وتملكها ولم يكن الولد وطئها ولا تعاقت بها حاجته فقد ملكها الاب بذلك وصارت جاريته والحكم فيها كالحكم في جاريته التي ملكها بالشراء وان وطئها قبل تملكها فقد فعل محرما لان الله تعالى قال (والذين هم لفروجهم مثليون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك ذل لملكهم المادون) وهذه ليست زوجا له ولا ملك يمينه، فإن قيل فقد قال النبي ﷺ «إنت ومالك لا يملك» فأضاف مال الابن الى أبيه بلام الملك والاستحقاق فدل على انه ملكه قلنا لم يرد النبي ﷺ حقيقة الملك بدليل أنه أضاف اليه الولد وليس بمملوك وأضاف اليه ماله في حالة اضافته إلى الولد ولا يكون الشيء مملوكا للمالكين حقيقة في حال واحدة، وقد ثبت الملك لولده حقيقة بدليل حل وطء إيمانه والتصرف في ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه ولان الولد لومات لم يرث منه أبوه الا ما قدر له ولو كان ماله لاختص به ولو مات الاب لم يرث ورثته مال ابنه ولا يجب على الاب حج ولا زكاة ولا جهاد يسار ابنه فلم أن النبي ﷺ انما أراد التجوز بتشبيهه بماله في بعض الاحكام

إذا ثبت هذا فانه لا حد على الاب للشبهة لانه اذا لم يثبت حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد فان الحدود تدرأ بالشبهات ولكن يعذر لانه وطئ جارية لا يملكها وطئا محرما فكان عليه التزير

ولا تمتق بموته فاما ولدها فيعتق على أخيه لانه ذو رحمه كما لو استولد مملوكته التي وطئها ابنه فأنها تصير أم ولده مع تحريمها عليه على التأييد فكذلك ههنا لانه وطئ يدرأ فيه الحد لشبهة الملك فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الابن

(فصل) فان وطئ الابن جارية أبيه فهو زان عليه الحد اذا كان عالما بالتحريم ولا تصير أم ولد له ويلزمه مهرها ويعتق ولده على جده لانه ابن ابنه إذا قلنا ان ولد الزنا يعتق على أبيه وتحرم الجارية على الاب على التأييد ولا تجب قيمتها على الابن لانه لم يخرجها عن ملك أبيه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بنير الاستمتاع فان استولدها الاب بعد ذلك فقد فعل محرما ولا حد عليه لانه وطئ صادف ملكا وتصير أم ولد له لانه استولد مملوكته فاشبه ما لو وطئ أمته الرهونة

(فصل) فان وطئ أمته وهي مزوجة فقد فعل محرما ولا حد عليه لانها مملوكته ويعزر قل احرم يجلد ولا يبرجم يعني انه يعزر بالجلد لانه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم إذا كان محصنا فان أولدها صارت أم ولد له لانه استولد مملوكته وتعتق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه .

كم طء الجارية المشتركة وفيه وجه آخر لا يميز عليه لان مال ولده كماله ولا يصح لان ماله مباح له غير ملوم عليه وهذا الوطء هو عاد فيه ملوم عليه وان علقته منه فالولد حر لانه من وطىء درى، فيه الحد لشبهة الملك وكان حراً كولد الجارية المشتركة ولا تلزمه قيمته لان الجارية تصير مملوكاً له بالوطء فيحصل علقها بالولد وهي ملك له وتصير ام ولد له تعتق بموته وتنتقل الى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي في أحد قولي، وقول في الآخر لا تصير ام ولده ولا يملكها لانه استولدها في غير ملكه فأشبه الاجنبي، ولان ثبوت احكام الاستيلاء انما كان بالاجماع فيما اذا استولد مملوكته وهذه ليست مملوكه له ولا في معنى مملوكته فانها محرمة عليه فوجب أن لا يثبت لها هذا الحكم ولان الاصل الرق فيبقى على الاصل ولان الوطء المحرم لا ينبغي أن يكون سبباً للملك الذي هو نعمة وكرامة لانه يفضي الى تعاطي المحرمات

ولنا أنها علقته منه بحر لاجل الملك فصارت ام ولد له كالجارية المشتركة وفارق وطء الاجنبي في هذا. اذا ثبت هذا فانه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها

وقال ابو حنيفة لا يلزمه مهرها ويلزمه قيمتها لانه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم فأشبهه مالو قتلها وانما يلزمه مهرها لانه اذا ضمنها فقد دخت قيمة البضع في ضمانها فلم يضمته شيئاً كمالو قطع يدها فصرى القمطع الى نفسها فانه يضمن قيمة التنس دون قيمة اليد وقول الشافعي يلزمه مهرها لانه وطىء جارية غيره وطئاً محرماً فلزمه مهرها كلاجنبي ونلزمه قيمتها على اقول بكونها ام ولد كما يلزم أحد الشريكين قيمة نصيب شريكه اذا استولد الجارية المشتركة

(فصل) ولو ملك رجل امه من الرضاع أو اخته أو ابنته لم يحل له وطؤها فان وطئها فلا حد عليه في اصح الروايتين لانها مملوكته ويمزر وان ولدت منه فالولد حر ونسبه لاخته به وهي ام ولده ولذلك لو ملك امه مجوسية او وثنية فاستولدها او ملك الكافر امه مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويمزر ويلحقه نسب ولده وتصير ام ولد تعتق بموته لما ذكرنا وكذلك لو وطىء امته المراهنة او وطىء رب المال امه من مال المضاربة فالولد لها صارت له بذلك ام ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وان كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة وعليه قيمتها للرهن تجعل مكانها رهناً او يوفيه عن دين الرهن والله اعلم

﴿مسئلة﴾ واحكام ام الولد احكام الامة في الاجارة والاستخدام والوطء وسائر امورها الا فيما ينقل الملك في رقبته كالبيع والهبة والوقف او ما يراد له كالرهن وعنه ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة ولا عمل عليه

وجملة ذلك ان الامة اذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاء وحكمها حكم الاماء في حل وطئها لسيدها واستخدامها وملك كسبها وتزويجها واجارتها وعتقها وتكليفها وحدها

ولنا قول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » ولأنه لا تلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كملوكتها ولأنه وطئ صارت به الموطوءة أم ولد لأم لا يختص ببعضها فأشبهه استيلاء مملوكته (فصل) فإن كان الولد قد وطئ جاريته ثم وطئها أبوه فأولدها فقد روي عن أحمد رضي الله عنه فيمن وقع على جارية ابنه أن كلن الأب قابضاً لها ولم يكن الابن وطئها فهي أم ولده وليس الابن فيها شيء . قال القاضي فظاهر هذا أن الابن أن كان قد وطئها لم تصر أم ولد للأب باستيلائها لأنها تحرم عليه تحريمًا مؤبدًا بوطئ ابنه لها ولا تحل له بحال فأشبهه وطئ الأجنبية فلي هذا القول لا يملكها ولا تعتق بموته . فاما ولدها فيعتق على أخيه لأنه ذو رحم منه ، ويحتمل أن يثبت لها حكم الاستيلاء من غير أن تحل له كما لو استولد مملوكته التي وطئها ابنه فانها تصير أم ولد له منع كونها محرمة عليه على التأيد فكذلك هنا وذلك لأنه وطئ يدراً فيه الحد بشبهة الملك فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الابن

(فصل) وإن وطئ الابن جارية أبيه أو أمه فهو زان يلزمه الحد إذا كان عالماً بالتحريم ولا نصير أم ولد له ويلزمه مهرها وولده يعتق على جده لأنه ابن ابنه إذا قلنا أن ولده من الزنا يعتق على أبيه وتحرم الجارية على الأب على اتنا يبدل ولا يجب بسبب قيمتها على الابن لأنه لم يخرجها عن ملكه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع فإن استولدها الأب بعد ذلك فقد فعل محرماً ولا حد عليه لأنه وطئ صادف ملكاً وتصير أم ولد له لأنه استولد مملوكته فأشبهه مالو وطئ أمته الزهونة (فصل) وإن زوج أمته ثم وطئها فقد فعل محرماً ولا حد عليه لأنها مملوكته ويمرر قال أحمد

وعورتها ، وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن مالك أنه لا يملك إيجارها وتزويجها لأنه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها وإيجارها كالحرية

ولنا أنها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها وإيجارها كالحرية وإنما منع بيعها لأنها استحققت أن تعتق بموته ويمنع بيع ذلك بخلاف التزويج والإجارة ويبطل دليلهم بالموقوفة والمديرة عند من منع بيعها . إذا ثبت هذا فانها تخالف الأمة القن في أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ولا تورث لأنها تعتق بموت سيدها ويزول الملك عنها روي هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة المقهاء

وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير إباحة بيعهن وإليه ذهب داود قال ثنا سميد ثنا سفيان عن عمرو بن عطاء عن ابن عباس في أم الولد قال يباع كما تباع ثيابك أو بعيرك قال وثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال خلب علي الناس فقال شاورني عمر في أمهات الاولاد فرأيت أنا وعمر أن اعتقن فقصي به عمر حياته وعثمان حياته فلما وليت رأيت أن أرقن قال عبيدة فرأيت عمر وعلي في الجماعة أحب البنا من رأي علي وحده وقد روى صالح بن أحمد قال قلت لأبي أي

رضي الله عنه يجلد ولا يرحم يعني انه يعزر بالجلد لانه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم اذا كان محصناً فان أولادها صارت أم ولده لانه استولد مملوكته وتمتق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه

(فصل) ولو ملك رجل أمه من رضاع أو أخته أو ابنته لم يحل له وطؤها فان وطئها فلا حد عليه في أصح الروايتين لانها مملوكته ويعزر فان ولدت فلولد حر ونسبه لاحق به وهي أم ولده وكذلك لو ملك أمة مجوسية أو وثنية فاستولدها أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويلحقه نسب ولده وتصير أم ولده له تمتق بموته لما ذكرنا وكذلك لو وطئ أمته الرهونة أو وطئ رب المال أمة من مال المضاربة فأولادها صارت له بذلك أم ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وعليه قيمتها للرهن نجل مملوكها رهنا أو توفية عن دين الرهن وتنسخ المضاربة فيها وإن كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة والله أعلم

«مسئلة» قال (واذا علقت به بحر في ملكه فوضعت بعض ما يستبين فيه خلق الانسان كانت

له بذلك أم ولد)

ذكر الخري لمصيرها أم ولد شروطا ثلاثة (أحدها) أن تعلق منه بحر فأما إن علقت منه بمملوك ويتصور ذلك في الملك في موضعين (أحدهما) في العبد اذا ملكه سيده وقلنا انه يملك فانه اذا وطئ

شيء تنذهب في بيع أمهات الاولاد؟ قل اكرهه وقد باع على بن ابي طالب وقل في رواية اسحاق ابن منصور لا يحجني يمين، قل أبو الخطاب وظاهر هذا أنه يصح بيعهن مع الكراهة فجعل هذا رواية ثانية عن احمد قل شيخنا والصحيح ان هذا ليس برواية مخالفة لقوله انهن لا يمين لان السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيرا ومتى كان التحريم والمنع مصرحا به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على الصريح به ولا يجعل ذلك اختلافا وحجة من أجاز يمين ما روى جابر قل بعنا أمهات الاولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر فلما كان عمرنا فانتبهنا وما كان جائزا في عهد النبي ﷺ وأبي بكر لم يجر نسخه بقول عمر ولا غيره ولان نسخ الاحكام انما يجوز في عهد النبي ﷺ لان النص انما ينسخ بنص، وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به وان اصحاب النبي ﷺ كانوا يتركون اقوالهم بقول رسول الله ﷺ ولا يتركونه باقوالهم وانما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه ولو بلغه لم يعده الى غيره ولانها مملوكة لم يمتقها سيدها ولا شيئا منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تمتق كما لو ولدت من ابنه في نكاح أو غيره ولان الاصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا اجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه ولان ولادتها لو كانت موجبة لمتقها ثبت العتق بها حين وجودها كسائر اسبابه

أمتها واستولدها فولده مملوك ولا تصير الامة أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك وسواء أذن له سيده في التسري بها أو لم يأذن له (واثنائي) إذا استولد المكاتب أمتة فان ولده مملوك له ، وأما الامة فإنه لا يثبت لها احكام ام الولد في العتق بموته في الحال لان المكاتب ليس بغير وولده منها ليس بغير فأولى أن لا تتحرر هي ومتى عجز المكاتب وعاد الى الرق أو مات قبل أداء كتابته فهي أمة قن كأمة العبد اتقن وهل يملك المكاتب بيها والتصرف فيها ؟ ففيه اختلاف ذكر القاضي في موضع أنه لا يثبت فيها شيء من أحكام الاستيلاد ولا تصير أم ولد بحال وهذا أحد قولي الشافعي لأنها علقت بمملوك في ملك غير تام فلم يثبت لها شيء من أحكام الاستيلاد كأمة العبد القن ، وظاهر المذهب أنها موقوفة لا يملك بيعها ولا نقل الملك فيها فان عتق صارت له ام ولد تعتق بموته فيثبت لها من حرمة الاستيلاد ما يثبت لولدها من حرمة الحرمة وقد نص احمد رضي الله عنه على منع بيعها ، ومفهوم كلام الخرقى يحتمل الوجهين جميعاً

(الشرط الثاني) أن تعلق منه في ملكه سواء كان من وطء مباح أو محرم مثل الوطء في الحيض أو النفاس أو الصوم أو الاحرام أو الظهار أو غيره ، فأما ان علقت منه في غير ملكه لم تصر بذلك أم ولد سواء علقت منه بمملوك مثل أن يطأها في ملك غيره بنكاح أو زنا أو علقت بغير مثل أن يطأها بشبهة أو غير من أمة وتزوجها على أنها حرة فاستولدها أو اشترى جارية فاستولدها فبانت مستحقة فان الولد حر ولا تصير الامة ام ولد في هذه المواضع بحال وفيه وجه آخر أنه إن ملكها

وروي عن ابن عباس رواية أخرى أنها تجعل في سهم ولدها لتعتق عليه قال سعيد ثنا سفيان ثنا الاعمش عن زيد بن وهب قال : مات رجل منا وترك أم ولد فأراد الولد بن عتبة أن يبيعها في دينه فأئتنا عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له فقال ان كان ولا بد فاجعلوها من نصيب أولادها ولنا ما روى عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « إيا أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله ﷺ فقال « أعنتها ولدها » رواهما ابن ماجه ، وذكر الشريف أبو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع امهات الاولاد ولا ييمن ولا يرهن ولا يرثن يستمتع بها سيدها ما بداله فان مات فهي حرة قال شيخنا وهذا فيما اظن عن عمر ولا يصح عن النبي ﷺ ولأنه اجماع الصحابة رضي الله عنهم بدليل قول علي كان رأيي ورأي عمر ان لا تباع امهات الاولاد وقوله فقتل به عمر حياته وعثمان حياته وقول عبيدة رأيي علي في الجماعة احب اليها من رأيي حده وروى عكرمة عن ابن عباس قال قل عمر ما من رجل يقر بأنه يطاء جارية ثم يموت الا أعنتها اذا ولدت وان كان سقطا فان قيل فكيف تصح دعوى الاجماع مع مخالفة علي وابن عباس وابن الزبير قلنا قد روي عنهم الرجوع عن المخالفة فروى عبيدة قال بعث الي علي والي شريح فقال لي اقضوا كما كنتم تقضون فاني أبغض الاختلاف

بعد ذلك صارت ام ولد وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في المسئلة التي قبل هذه ، والمقصود بذكر هذه الشروط ههنا ثبوت الحكم عند اجتماعها ، وأما انتفاؤه عند انتفاؤها فيذكر في مسائل مفردة لها (الشرط الثالث) أن تضع ما يتبين فيه شيء من خلق الانسان من رأس او يد او رجل او تخطيط سواء وضعت حياً أو ميتاً وسواء اسقطته او كان تاماً ، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه اذا ولدت الامة من سيدها قد عتقت وإن كان سقلاً ، وروي الاثرم باسناده عن ابن عمر انه قال أعتقها ولدها وإن كان ولدها سقلاً قال الاثرم قلت لأبي عبد الله أم الولد اذا اسقطت لا تعتق ؟ فقال اذا تبين فيه يد او رجل او شيء من خلقه قد عتقت وهذا قول الحسن والشافعي وقال الشعبي اذا تلبث في الخلق الرابع فكان مخلفاً انتقضت به عدة الحرية واعتقت به الامة ولا أعلم في هذا خلافاً من قال بثبوت حكم الاستيلاد ، فأما إن ألقت نطفة أو علقه لم يثبت به شيء ، من احكام الولادة لان ذلك ليس بولد وروي يوسف بن موسى ان أبا عبد الله قيل له مات قول في الامة اذا ألقت مضغة او علقه ؟ قال تعتق وهذا قول ابراهيم النخعي ، وان وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمي فشهد ثقات من القوابل ان فيها صورة خفية تعلقت بها الاحكام لانهن اطامن على الصورة التي خفيت على غيرهن وإن لم يشهدن بذلك لكن علم انه مبتدأ خالق آدمي إما بشهادتهن او غير ذلك ففيه روايتان (احدهما) لاتصير به الامة ام ولد ولا تنقضي به عدة الحرية ولا يجب على الضارب المتلف له الفرة ولا الكفارة وهذا ظاهر كلام الحرق والشافعي وظاهر ما نقله الاثرم عن احمد رضي الله عنه وظاهر كلام الحسن والشعبي وسائر من اشترط أن يتبين شيء فيه خالق الانسان لانه لم يبين فيه شيء من خالق الآدمي اشبه النطفة والعلقة (وانثانية) تتعلق به الاحكام الاربعة لانه مبتدأ خالق آدمي اشبه اذا تبين ، وخرج

وابن عباس قل : ولد أم الولد بمنزلة ما هو الراوي لحديث عتقهن عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر فيدل على موافقته لهم ثم قد ثبت الاجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن اطلاق أن الامة لا تجمع على ضلالة ولا يجوز ان يخلو زمن عن قائم لله بحجته ولو جاز ذلك في بعض العصر لجاز في جميعه ورأيي الموافق في زمن الاتفاق خير من رأيه في الخلاف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره فان قيل فلو كان الاتفاق في بعض العصر اجاباً حرمت مخالفته فكيف خالفه هؤلاء الائمة الذين لا تجوز نسبتهم الى ارتكاب الحرام قلنا الاجماع ينقسم الى مقطوع به ومظنون وهذا من المظنون فتمكن المخالفة منهم مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ولم تخرج مخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا فأما قول جابر بعنا امهات الارلاد على عهد رسول الله ﷺ وابي بكر فليس فيه تصريح بأنه كان يعلم رسول الله ﷺ ولا يعلم ابي بكر فيكون ذلك واقماً منهم على انفرادهم فلا تكون فيه حجة ويتعين حمل الامر على هذا لانه لو كان هذا واقماً يعلم رسول الله ﷺ وابي بكر واقراً عليه لم تجز مخالفتهم ولم يجمع الصحابة

ابو عبد الله بن حامد رواية ثالثة وهو ان الامة تصير بذلك أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرية لانه روي عن احمد رضي الله عنه في الامة اذا وضعت فمسته القوا بل فعلن انه لحم ولم يقين لحمه تحتاط في العدة بأخرى ويحتاط بعق الامة وظاهر هذا انه حكم بعق الامة ولم يحكم باقتضاء العدة لان عتق الامة يحصل للحرية فاحتيط بتحصيلها، والعدة يتعلق بها تحريم الزوج وحرمة الفرج فاحتيط بابقائها وقال بعض الشافعية بالاكس لا تجب العدة ولا تصير الامة أم ولد لان الاصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح لان العدة كانت ثابتة والاصل بقاؤها على ما كانت عليه والاصل في الأدنى الحرية فتغلب ما يفضي اليها والله أعلم .

(مسئلة) قال (ناذا مات فقد صارت حرة وان لم يملك غيرها)

يعني ان ام الولد تعتق من رأس المال وان لم يملك سواها وهذا قول كل من رأى عتقهن لانهن بينهم فيه خلافا وسواء ولدت في الصحة او المرض لانه حاصل بالتداه وشهوته وما يتلفه في لذاته وشهوته يستوي فيه حال الصحة والمرض كالذي يأكله ويلبسه ولان عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوي فيه للرض والصحة كقضاء الديون والتدبير والوصية ولا نعلم في هذا خلافا بين من رأى عتقهن .

قال سعيد حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن نافع قال أدرك ابن عمر رجلا فقال انا تركنا

بعدهما على مخالفتها ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر عليهم ويقول كيف تخالفون فعل رسول الله ﷺ وفعل صاحبيه ؟ وكيف تتركون سنتها وتحرمون ما احلا ولانه لو كان ذلك واقما بملئها لاحتج به علي بن أبي يعين واحتج به كل من وافقه على بيعهن ولم يجز شيء من هذا فوجب أن يحمل الامر على ما حماناه عليه فلا يكون فيه اذا حجة ويحتمل أنهم باعوا امهات الاولاد في النكاح لاني للملك (فصل) ومن اجاز بيعهن فعلى قوله ان لم يبعها سيدها حتى مات ولم يكن له وارث إلا ولدها عتقت عليه وان كان له وارث سوى ولدها حسبت من نصيبه فعتقت وكان له ما بقي من ميراثه وان لم يبق شيء فلا شيء له وان كانت اكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة إلا على قول من قال انه اذا ورث سحما ممن يعتق عليه سرى العتق الى باقيه فانه يعتق ان كان موسرا وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها ورثته كسائر رقيقه

(مسئلة) (وان ولدت من غير سيدها فلولدها حكمها في العتق بموت سيدها سواء عتقت أو ماتت) إذا ولدت ام الولد بعد ثبوت حكم الاستيلاد لها من غير سيدها من زوج او غيره فحكمه حكمها في أنه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها قال (الغني والشرح الكبير) (٦٤) (الجزء الثاني عشر)

هذا الرجل يبيع أمهات الأولاد يعنيان ابن الزبير، فقال ابن عمر أتمرقان أبا حفص؟ فانه قضى في أمهات الأولاد أن لا يبعن ولا يوهبن يستمتع بها صاحبها فإذا مات فهي حرة
وقال حدثنا غياث عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال: قال عمر رضي الله عنه ما من رجل كان يقر بانه يظاً جاريته ويموت إلا أعتقها إذا ولدت وإن كان سقطاً

(فصل) ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر كالنذير والكتابة ولأن عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه فإذا استويا في النسب استويا في حكمه وروى سعيد حدثنا هشيم أخبرنا منصور عن ابن سيرين عن أبي عطية الهمداني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في أم الولد إن أسلمت وأحصنت وعفت أعتقت، وإن كفرت وفجرت وغدرت رقت وقال حدثنا هشيم أخبرنا يحيى عن أم ولد رجل ارتدت عن الإسلام فكتب في ذلك إلى عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه وكتب عمر يبعوها ليسبها أحد من أهل دينها وإذا كان مبنى عتق أمهات الأولاد على قول عمر رضي الله عنه وقد قال هذا القول فينبغي أن يختص العتق بالمسلمة العفيفة دون الكافرة الفاجرة لانقضاء الدليل الذي ثبت به عتقهن والله أعلم
﴿مسئلة﴾ قال (وإذا صارت الأمة أم ولد بما وصفنا ثم ولدت من غيره كان له حكمها في العتق بموت سيدها)

وجملته إن أم الولد إذا ولدت بعد ثبوت حكم الاستيلاد لها من غير سيدها من زوج أو غيره

أحمد قال عمر بن عباس وغيرهما ولدها بمنزلتها ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد إلا أن عمر بن عبد العزيز قال هم عبيد فيحتمل أنه أراد أنهم لا يثبت لهم حكم أمهم لأن الاستيلاد يختص به فتخس بحكمه كولد من علق عتقها بصفة ويحتمل أنه أراد أنهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية فيتبعها في سببه إذا كان متأكداً كولد المكاتب والدبرة بل ولد أم الولد أولى لأن سبب العتق فيها مستقر لا سبيل إلى إبطاله بحال وإن ماتت أم الولد قبل سيدها لم يبطل حكم الاستيلاد في الولد وتعتق بموت سيدها لأن السبب لم يبطل وإنما لم تثبت الحرية فيها لأنها لم تبق محلاً وكذلك ولد الدبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه وأما ولد المكاتب إذا مات فانه يعود رقيقاً بموتها فلم يبق حكمه فيه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في باب ما أعتق السيد أم الولد أو الدبرة لم يعتق ولدها لأنها عتقت بغير السبب الذي تبعها فيه ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيده وكذلك إن اعتق ولدها لم يعتق بعتقه وإن أعتق المكاتب

لحكم ولدها حكمها في أنه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها . قال أحمد رضي الله عنه قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما ولدها بمنزلة أم ولد ولا نعم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد إلا أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال هم عبيد فيحتمل أنه أراد أنه لا يثبت لهم حكم أمهم لأن الاستيلاد مختص بها فيختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة ويحتمل أنه أراد أنهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية فيتبعها في سببه إذا كان متأكداً كولد المكاتب والمذبة بل ولد أم الولد أولى لأن سبب العتق فيها مستمر ولا سبيل إلى إبطاله بحال فإن ماتت أم الولد قبل سيدها لم تبطل حكم الاستيلاد في الولد وتعتق بموت سيدها لأن السبب لم يبطل وإنما ثبت الحرية فيها لأنها لم يبق محلا وكذلك ولد المذبة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه ، وأما ولد المكاتب إذا ماتت فانه يعود رقيقاً لأن العتق يبطل بموتها فلم يبق حكمه فيه وقد ذكرنا في هذا خلافاً فيما تقدم ، وإن أعتق السيد أم الولد أو المذبة لم يعتق ولدها لأنها عتقت بغير السبب الذي تتبعها فيه ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيده وكذلك إن أعتق ولدها لم يستقا بعتقه ، وإن أعتق المكاتب فقد قال أحمد وسفيان وإسحاق : المكاتب إذا أدت أو أعتقت عتق ولدها وأم الولد والمذبة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد فظاهر هذا أن ولد المكاتب يتبعها في العتق باعتاق سيدها لأنه في حكم مالها يستحق كسبه فيتبعها إذا أعتقها كالمالوان اعتاقها يمنع أداها بسبب من السيد فأشبهه مالو أبراها من مال الكتابة

فقد قل أحمد وسفيان وإسحاق المكاتب إذا أدت أو أعتقت عتق ولدها وأم الولد والمذبة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد فظاهر هذا أن ولد المكاتب إذا أعتقها سيدها أنه يتبعها في العتق لأنه في حكم مالها تستحق كسبه فيتبعها في العتق كالمالوان اعتاقها منع أداها بسبب من السيد فأشبهه مالو أبراها من مال الكتابة

(فصل) فاما ولد أم الولد قبل استيلادها وولد المذبة قبل تدبيرها وولد المكاتب قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انقضاء السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في أمه ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز في السبب أولى وذكر أبو الخطاب في ولد المذبة قبل التدبير روايتين فيخرج ههنا مثله وهذا بعيد لأن الولد المنفصل لا يتبعها في عتق ولا بيع ولا هبة ولا في شيء من الأحكام سوى الإسلام بشرط كونه صغيراً فكيف يتبع في التدبير ولأنه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله

❦ مسألة ❦ (وإن مات سيدها وهي حامل فهل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين)

هذا يشبه ما إذا مات عن امرأة حامل هل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين ومبنى الخلاف على الخلاف في نفقة الحامل هل هي للحمل أو للحامل ؟ فإن قلنا هي للحمل فلا نفقة لها ولا للامه الحامل لأن الحمل

(فصل) فأما ولد أم الولد قبل استيلادها وولد المدبرة قبل تدبيرها والمكاتب قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في أمه ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز في السبب أولى وذكر أبو الخطاب في ولد المدبرة قبل التدبير روايتين فيخرج ههنا مثله وهو بعيد لأن الولد المنفصل لا يتبعها في عتق ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الأحكام سوى الإسلام بشرط كونه صغيراً فكيف يتبع في التدبير؟ ولأنه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله **مسألة** قال (وإذا أسلمت أم ولد النصراني منع من وطئها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها فإذا أسلم حلت له وإن مات قبل ذلك عتقت)

وجملة ذلك أن الكافر يصح منه الاستيلاء لأمنته كما يصح منه عتقها وإذا استولد الذي أمنته ثم أسلمت لم تعتق في الحال وبهذا قال الشافعي وقال مالك تعتق إذ لا سبيل إلى بيعها ولا إلى إقرار ملكه عليها لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالامة القن وعن أحمد رضي الله عنه رواية أخرى أنها تستسعى فإن أدت عتقت وهو قول أبي حنيفة لأن فيه جمعاً بين الحقين حقها في أن لا يبقى ملك الكافر عليها وحقه في حصول عوض ملكه فأشبه بيعها إذا لم تكن أم ولد ولنا أنه اسلام طراً على مالك فلم يوجب عتقاً ولا سعاية كالسبد القن وما ذكروه مجرد حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها ويقاؤها ضرر فإن في عتقها مجاناً إضراراً بالملك بإزالة ملكه بغير عوض وفي الاستسعاء إلزام لها بالكسب بغير رضاها وتضييع لحقه لأن فيه إحالة على سعاية لا تدري هل يحصل

له نصيب في الميراث فتجب نفقته في نصيبه لاني انصباؤه شركائه، وإن قلنا للحامل فالنفقة على الزوج والسيد لأنها شغلها بحملها فكان عوض ذلك عليهما كما لو استأجر أداراً كانت أجرتها عليهما

مسألة (وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها وغنه يفديها بارش الجنابة كله) إذا جنت أم الولد تعلق أرش جنايتها برقبته وعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو دونها وبهذا قال الشافعي وحكى أبو بكر عبد العزيز قولاً آخر أنه يفديها بارش جنايتها بالغة ما بلغت لأنه لم يسلمها في الجنابة فلزمه أرش جنايتها بالغة ما بلغت كالقن وقال أبو ثور وأهل الظاهر ليس عليه فدؤها وجنايتها في ذمتها تتبع بها إذا عتقت لأنه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فدؤها كالحررة ولنا أنها مملوكة له يملك كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنايتها كالقن ولا تلزمه زيادة على قيمتها لأنه لم يمتنع من تسليمها وإنما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محللاً للبيع ولا لنقل الملك فيها وأما القن إذا لم يسلمها فلنا فيه منع وإن سلم فلان القن أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها راغب أكثر

منها شيء أو لا ؟ وإن حصل فظاهر أنه يكون يسيراً في أوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه والحق أن يبقى الملك على ما كان عليه ويمنع من وطئها وانتلذذ بها كي لا يطأها ويتلذذها وهو مشترك ويحال بينه وبينها ويمنع الخلوة بها لئلا يفضي إلى الوطء المحرم ويجبر على نفقتها على التمام لأنها مملوكة ومنعه من وطئها بنير معصية منها فأشبهت الحائض والريضة وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها ، وإن احتاجت إلى أجر أو أجر مسكن فعلى سيدها

وذكر القاضي أن نفقتها في كسبها وما فضل من كسبها فهو لسيدها وإن عجز عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها ؟ على روايتين ونحو هذا مذهب الشافعي والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ما شاء وعليه نفقتها على التمام سواء كان لها كسب أو لم يكن لأنها مملوكة له ولم يجز بينها عقد يسقط نفقتها ولا يملك به كسبها فأشبهت أمته اتقن أو ما قبل إسلامها ولأن الملك سبب لهدن الحكمين والحادث منهما لا يصلح مانعاً لأن الاستيلاد لا يمنع منها بدليل ما قبل إسلامها وإن الإسلام لا يمنع بدليل ما لو وجد قبل ولادتها واجتماعها لا يمنع لأنه لا نص فيه ولا هو في معنى النصوص عليه ، ولأنه إذا لم تازمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى إلى هلاكها وضياها ولا نه يملك فضل كسبها فيلزمه فضل نفقتها كسائر ممتلكاته (مسئلة) قال (وإذا اعتقت أم الولد بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثته سيدها)

من قيمتها فإذا امتنع مالكها من تسليمها أو جبننا عليه الأرض بكما لا بخلاف أم الولد فإن ذلك لا يحتمل فيها لأنه لا يجوز بيعها فلم يكن عليه أكثر من قيمتها

(فصل) فإن ماتت قبل فداؤها فلا شيء على سيدها لأنه لم يتعلق بذمته شيء وإنما يتعلق بربقتها فإذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه وإن نقصت قيمتها قبل فداؤها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء لأنها لو تلفت جميعها لسقط الفداء فيجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها وإن زادت قيمتها زاد فداؤها لأن متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالتن وينبغي أن تجب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد لأن ذلك ينقصها فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ولأن الواجب قيمتها في حال فداؤها وقيمتها ناقصة عن قيمة أم الولد فيجب أن ينقص فداؤها وإن يكون مقدراً بقيمتها في حال كونها أم ولداً والحكم في الدبرة كالحكم في أم الولد إن قلنا لا يجوز بيعها وإن قلنا يجوز بيعها فيمكن أن يبيعها لبيع أن اختار سيدها فإن امتنع منه فهل ينفذها بقيمتها أو أرش الجناية بالغة ما بلغت يخرج على روايتين

(فصل) فإن كسبت بعد جنائيتها شيئاً فهو لسيدها لأن الملك ثابت له دون المجني عليه وكذلك ولدها لأنه من نسلها فأشبه الكسب وإن فداها في حل حياها فعليه قيمتها إذاً لأن الوالد متصل بها أشبه سمنها وإن اتلفها سيدها فعليه قيمتها لأنه اتلف حق غيره أشبه اتلاف الرهن وإن نقصها فعليه نقصها لأنه لما ضمن العين ضمن أجزائها

إنما كان كذلك لان ام الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر مافي يدها له فاذا مات سيدها فعتقت
انتقل مافي يدها الى ورثته كسائر ماله وكما في يد المدبرة وتخالف المكاتبه فان كسبها في حياة سيدها
لها فاذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق

مسئلة (ولو أوصى لما يما في يدها كان لها اذا احتمله الثلث)

وجله ان الوصية لام الولد تصح فلا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم القائلين بثبوت حكم الاستيلاء
وبهذا قال الشافعي واسحاق وأصحاب الرأي

وقد روى الامام احمد وسعيد بن منصور عن هشيم حدثنا حميد عن الحسن ان عمر بن الخطاب
أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف ولان ام الولد حرة في حال نفوذ الوصية لها لان عتقها
يتم بتموته فلا تقع الوصية لها الا في حال حريتها ، وأما قوله اذا احتمله الثلث فلان الوصية كلها
لا تنزح إلا في الثلث فما دون وهذا منها وما زاد على الثلث يقف على اجازة الورثة فان أجازوه جاز
وإلا رد الى الورثة ولا تعتبر قيمة ام الولد من الثلث لانها تعتق من رأس المال فلا تحسب من
الثلث كقضاء الديون واداء الواجبات

(فصل) وإن أوصى لمديره او مديرتة صحت الوصية أيضاً الا انه تعتبر قيمته وما أوصى له
به من الثلث لان التدبير تبرع فكان من الثلث كالوصية فان خرجا من الثلث عتق وكان ما أوصى
به له وصحت الوصية لانها وقعت في حال حريته فأشبهت الوصية لام ولده وإن لم يخرج من الثلث
اعتبرت قيمته من الثلث فيعتق منه بقدر الثلث ليعتق دون المال، وإن كانت قيمته بقدر الثلث عتق ولا وصية
له وإن فضل من الثلث شيء بعد عتقه فله من الوصية تمام الثلث ويقف ما زاد على اجازة الورثة

مسئلة (فان عادت فجنت فداها أيضاً وعنه يتعلق ذلك بذمتها)

فاما ان جنت جنائيات فان كانت الجنائيات كلها قبل فداء شيء منها تعلق أرش الجميع برقبته ولم
يكن عليه فيها كلها الا قيمتها أو أرش جميعها وعليه الاقل منها ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم
فان لم يف بها تحاصوا فيها بقدر اروش جنائياتهم وان كانت الجناية الثانية بعد فدائه من الاولى فعليه
فداؤها من التي بعدها كالاولى وحكي أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد أنه إذا فداها بقيمتها مرة لم
يلزمه فداؤها بعد ذلك لانها جانية فلم يلزمه أكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها وقال الشافعي في
أحد قوله لا يضمها ثانياً ويشارك الثاني الاول فيما أخذه كما لو كانت قبل فداها
ولنا أنها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالاولى ولان ما أخذه الاول عوض جنائياته أخذه بحق
فلم يجز ان يشاركه غيره فيه كارش جناية الحر أو الرقيق اثنى وفارق ما قبل الفداء لان اروش الجنائيات

(مسئلة) قال (واذا مات عن أم ولده فعدتها حيضة)

انما كان كذلك لان الواجب عليها استبراء نفسها لخروجها عن ملك سيدها الذي كان يطؤها فكان ذلك بحيضة كما لو أعتقها سيدها في حياته وانما سمي الخرق هذا عدة لان الاستبراء أشبه العدة في كونه يمنع النكاح وتحصل به معرفة براءتها من الحمل وقد ذكرنا هذه المسئلة في العدد والخلاف فيها على ما مضى

(مسئلة) قال (واذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها)

وجملته ان ام الولد اذا جنت تعاق أرش جنائيتها برقبته وعلى السيد أن يفديها بأقل الامرين من قيمتها أو دونها وبهذا قال الشافعي وحكى ابو بكر عبد العزيز قولاً آخر انه يفديها بأرش جنائيتها بالغة ما بلغت لانه لم يسلمها في الجذية فلزمه أرش جنائيتها بالغة ما بلغت كالتن، وقال ابو ثور وأهل الظاهر ليس عليه فداؤها وتكون جنائيتها في ذمتها تتبع بها اذا عتقت لانه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحرية

ولنا انها مملوكة له كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنائيتها كالتن ولا تلزمه زيادة على قيمتها لانه لم يمتنع من تسليمها ، وانما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلاً للبيع ولا لنقل الملك فيها وفارقت

تعلق برقبته في وقت واحد فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة كالمالك كانت الجنائيات على واحد (فصل) فان أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقي اذا كانت كلها قبل الفداء وان كانت المعفو عنها بعد فدائه توفر أرشها على سيدها

(فصل) وللسيد تزويجها وان كرهت وبهذا قال أبو حنيفة وهو احد قولي الشافعي واختيار الرزني وقال في التقديم ليس له تزويجها الا برضاها لانه قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد ابطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة وقول في الثالث ليس له تزويجها وان رضيت لان ملكه فيها قد ضعف وهي لم تكل فلم يملك تزويجها كالتيممة وهل يزوجه الحاكم على هذا القول ؟ فيه خلاف وقد روي عن أحمد أنه قيل له ان مالكا لا يرى تزويجها فقال وما يصنع مالك ؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان اذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها

ولنا أنها أمة يملك الاستمتاع منها واستخدامها فملك تزويجها كالتن وفارق المكاتبة فانه لا يملك ذلك منها والقول الثالث فاسد لذلك ولانه يفضي الى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة اليه وقولهم يزوجه الحاكم لا يصح فان الحاكم لا يزوج الا عند عدم الولي او غيبته او عطله ولم يوجد واحدا منهما. ثبت هذا فانه اذا زوجها فالمرء له لانه بمنزلة كسبها وكسبها له

أمن إذا لم يسلمها فنه أن أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها مزايده أكثر من قيمتها فإذا امتنع مالكم من تسليمها أوجبنا عليه الارش بكماله ، وفي مسئلتنا لا يحتمل ذلك فيها فإن بيعها غير جائز فلم يكن عليه أكثر من قيمتها

(فصل) وإذا ماتت قبل فداها فلا شيء على سيدها لانه لم يتعلق بذمته شيء وإنما تعلق برقبته فإذا ماتت سقط الحق لتلف متلذه ، وإن نعت قيمتها قبل فداها وجب فداؤها بقيمتها يوم الغذاء لأنها لو تلف جميعها لسقط الغذاء فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها ، وإن زادت قيمتها زاد فداؤها لأن متعلق الحق زاد فزاد الغذاء ، بزيادته كالرقيق الثمن وينبغي أن يحسب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد لأن ذلك نقصها فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ، ولأن الواجب قيمتها في حال فداها وقيمتها ناقصة عن قيمة غير أم الولد فيجب أن ينقص فداؤها وأن يكون مقدار قيمتها في حال كونها أم ولد والحكم في الدبرة كالحكم في أم الولد إلا أنها يجوز بيعها في رواية فيمكن تسليمها للبيع إن اختار سيدها ، وإن امتنع منه فهل يندبها بأقل الامرين أو يلزمه أرش الحناية بالقائم ما بلغ ؟ يخرج على روايتين

(فصل) وإن كسبت بعد جنائنها شيء فهو لسيدها لأن الملك ثابت له دون المجني عليه وإن ولدت فهو لسيدها أيضاً لانه منفصل عنه فأشبهه بالكسب وإن فداها في حال حملها فعليه قيمتها حاملماً لأن الولد متصل بها فأشبهه سمنها ، وإن أتلفها سيدها فعليه قيمتها لانه أتلف حق غيره فأشبهه ما لو أتلف الرهن وإن نقصها فعليه نقصها لانه لما ضمن العين ضمن اجزائها والله اعلم

﴿مسئلة﴾ قال (فإن عادت لجنت فداها كما وصفت)

﴿مسئلة﴾ (وإن قتلت سيدها عمداً فعليها القصاص وإن عفوا على مال أو كانت الحناية خدماً فعليها قيمة نفسه وتعتق في الله ضعيف)

إذا قتلت أم الولد سيدها عمداً فعليها القصاص لورثة سيدها إن لم يكن له منها ولد كما لو لم تكن أم ولد وإن كان له منها ولد وهو الوارث وحده لم يجب عليها القصاص لانه لو وجب لوجب لولدها ولا يجب للولد على أمه قصاص وقد توقف أحمد عن هذه المسئلة في رواية منها وقال دعنا من هذه المسائل وقياس مذهبه ما ذكرناه وإن كان مع ولده منها أولاد له من غيرها لم يجب القصاص أيضاً لأن حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله ونقله مناعن أحمد انه يقتلها أولاده من غيرها وهذه الرواية تخلف أصول مذهبه والصحيح أنه لا قصاص عليها وإذا لم يجب القصاص فعليها قيمة نفسها وهذا قول أبي يوسف وقال الشافعي عليها الدية لأنها تصير حرة ولذلك لزمها موجب جنائنها والواجب على الحر بقتل الحر دية .

ولنا أنها جنانية من أم ولد فلم يجب بها أكثر من قيمتها كما لو وجب على احني ولان اعتبار

وجعلته ان ام الولد اذا جنت جنائيات لم تخل من ان تكون الجنائيات كلها قبل فداء شيء منها او بعده فان كانت قبل الفداء تعلق ارش الجميع برقبته ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها او ارش جميعها وعليه الاقل منهما ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم فان وفي بها وإلا تحاصوا فيه بقدر اروش جنائياتهم ، وان كن اثاني بعد فدائها من الاولى فعليه فداؤها من التي بعدها كما فدى الاولى ، وقال ابو الخطاب عن احمد رضي الله عنه رواية ثانية اذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك لانها جانية فلم يلزمه اكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها ، وقال للشافعي رضي الله عنه في أخذ قوله لا يضمنها ثانيا ويشارك الثاني الاول فيما اخذه كما لو كانت الجنائيات قبل فدائها

ولنا انها ام ولد جانية فلزمه فداؤها كالاولى ولان ما اخذه الاول عوض جنائياته اخذه بحق فلم يجز ان يشاركه غيره فيه كارش جنابة الحر أو الرقيق القن وفارق ما قبل الفداء لان ارش الجنائيات تعلق برقبته في وقت واحد فلم يلزم السيد اكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنائيات على واحد (فصل) فان أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقيين اذا كانت كلها قبل الفداء وإن كانت الجنابة المعفو عنها بعد فدائه توفر ارشها على سيدها والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (ووصية الرجل لام ولده واليها جائزة)

أما الوصية لها فقد ذكرناها وأما الوصية اليها فجائزة لانها في حل نفوذ الوصية حرة فأشبهت بزوجه أو غيرها من النساء ويعتبر لصحة الوصية اليها ما يعتبر في غيرها من العدة والمقل وسائر الشروط وسواء كانت الوصية على أولادها أو غيرهم أو وصى اليها بتفريق ثلثه أو قضاء دينه أو أمضاء وصيته أو غير ذلك

الجنابة في حق الجاني بحال الجنابة بدليل ما لوجنى عبد فاعتقه سيده وهي في حل الجنابة أمة فانها إنما صفت بالموت الحاصل بالجنابة فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها اذا قتلت غيرها ولأنها ناقصة بالرق اشبهت انقن وتمارق الحر فانه جنى وهو كامل وإنما تعاق موجب الجنابة بها لانها فوتت رقبها بقتلها سيدها فاشبه ما لو فوت المكاتب الجاني رقه بإدائه

﴿ مسألة ﴾ (ولا جد على قاذفها وعنه عليه الحد)

والاول قول أكثر أهل العلم وروي عن أحمدان عليه الحد لان ذلك يروى عن ابن عمر ولان قذفها قذف لولدها الحر وفيها معنى منع يبيها اشبهت الحرية والاول أصح لانها أمة تحكها حكم الاماء في أكثر أحكامها في الحد أولى لان الحدود تدرأ بالشبهات ويحتاج لاسقاطها ولانها أمة تعتق بالموت اشبهت المدبرة وتمارق الحرية فانها كاملة

(فصل) ولا يجب القصاص على الحرية بقتلها لعدم المكافأة فان كان القاتل رقيقا وجب القصاص عليه لانها أكل منه وان جنت على عبد أو أمة جنابة فيها القصاص لزمتها القصاص لانها أمة أحكامها أحكام الاماء واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة

(مسئلة) قال (وله تزويجها وإن كرهت)

وجملته أن للرجل تزويج أم ولده أحب ذلك أم كرهت وبهذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه وهو أحد قولي الشافعي واختيار المزني وقال في القديم ليس له تزويجها إلا برضاها لأنها قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد إبطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة وقال في الثالث ليس له تزويجها وإن رضيت لأن ملكه فيها قد ضعف وهي لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليثيمة وهل يزوجه الحاكم على هذا القول؟ فيه خلاف وقد روي عن أحمد رضي الله عنه أنه قيل له إن مالكا لا يرى تزويجها فقال وما نصنع بملك؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان إذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها ولنا أنها أمة يملك الاستمتاع بها واستخدامها فملك تزويجها كالقن وفارقت المكاتبه فإنه لا يملك ذلك منها والقول الثالث فاسد لذلك ولأنه يفضي إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه، وقولهم يزوجه الحاكم لا يصح فإن الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولي أو غيبته أو عضله ولم يوجد واحد منها إذا ثبت هذا فإنه إذا زوجها فالهر له لأنه بمنزلة كسبها وكسبها له وإذا عتقت بموته فإن كان زوجها عبداً فأها الخيار ولأنها عتقت تحت عبد وإن كان حراً فلا خيار لها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وإذا أسلمت أم ولد الكافر منع من غشيانها وحيل بينه وبينها واجبر على نفقتها إن لم يكن لها كسب فإن مات قبل ذلك عتقت وعنه أنها تستسعى في حياته وتعق يصبح استيلاء الكافر لأمته كما يصح منه عتقها وإذا استولد أمته ثم أسلمت لم تعق في الحال، وبه قال الشافعي وقال مالك تعق إذا سبيل إلى بيعها ولا إلى إقرار ملكه عليها لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة فلم يميز كالامة لقن ونقل منها عن أحمد مثل ذلك، وعن أحمد رواية أخرى أنها تستسعى فإن أدت عتقت، وهو قول أبي حنيفة لأن فيه جمعاً بين الحتمين حقها في أن لا يبقى ملك الكافر عليه وحقه في حصول عوض ملكه فأشبهه ببيعها إذا لم تكن أم ولد.

ولنا أنه إسلام طراً على ملك فلم يوجب عتقاً ولا سعاية كأعبد القن وما ذكره حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها ويقابلها ضرر فإن في اعتاقها مجانا إضراراً بالمالك بإزالة ملكه بغير عوض وفي الاستسعاء إزالتها بالكسب بغير رضاها وتضييع لحق سيدها لأن فيه إحالة على سعاية لا يدري هل يحصل منها شيء أولاً؟ وإن حصل فالظاهر أنه يكون يسيراً في أوقات متفرقة وجوده قريب من عدنه والاولى أن يبقى المالك على ما كان عليه ويمنع من وطئها والتأذي بها كيلا يفعل ذلك وهو مشرك ويحال بينه وبينها ويمنع الخلوة بها لئلا يفضي إلى الوطء المحرم ويجبر على نفقتها على التام لأنها مملوكة ومنعه من وطئها بغير معصية منها فأشبهت الحائض والمریضة وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها، وإن احتاجت إلى أجر أو أجر مسكن فعلى سيدها وذكر

﴿مسئلة﴾ قال (ولا حد على من قذفها)

هذا قول اكثر اهل العلم وقد روي عن احمد رضي الله عنه انه عليه الحد لان ذلك يروى عن ابن عمر ولان قذفها قذف لولدها الحر وفيها معنى يمنع بيعها فأشبهت الحرية والاول اصح لانها امة حكمها حكم الاماء في اكثر احكامها في الحد اولى لان الحدود تدرأ بالشبهات ويحتمل لاسقاطها ولانها امة تمتع بالموت اشبهت المدبرة وتفارق الحرية فانها كاملة (فصل) ولا يجب القصاص على الحرية بقتلها لعدم الكفاة، وإن كان القاتل لها رقيقا وجب القصاص عليه لانها اكل منه، وإن جنت على عبد او امة جناية فيها القصاص لزمها القصاص لانها امة احكامها احكام الاماء واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة

﴿مسئلة﴾ قل (وان صلت مكشوفة الرأس كره لما ذاك وأجزأها)

انما كره لها كشف رأسها في صلاتها لانها قد اخذت شبهاً من الحرائر لا تمتنع بيعها وقد سئل احمد رضي الله عنه عن ام الولد كيف تصلي؟ قل تغطي رأسها وقدميها لانها لا تبتاع وكان الحسن

القاضي أن نفقتها في كسبها والفاضل منه لسيدها فان عجز كسبها عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها؟ على روايتين، ونحو هذا مذهب الشافعي قال شيخنا والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ما شاء وعليه نفقتها على الأم سواء كان لها كسب أو لم يكن لانها مملوكة ولم يجر بينهما عقد يسقط نفقتها ولا تملك به كسبها فهي كأمته اتقن او ما قبل اسلامها ولان الملك سبب لهذين الحكمين والحادث منها لا يصلح مانع لان الاستيلاء لا يمنع منها بدليل ما قبل اسلامها والاسلام لا يمنع بدليل ما لو وجد قبل ولائها واجماعهم لا يمنع لانه لا نص فيه ولا هو في معنى النصوص عليه لانه إذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفصى الى هلاكها وضياعها ولانه يملك فاضل كسبها فلو لم يملك نفقتها ككثير مما ليك **﴿مسئلة﴾** (واذا وطئ احد الشريكين الجارية واولدها صارت أم ولد له وولده حر وعليه قيمة نصيب شريكه فان كان معسراً كان في ذمته)

وطء الجارية المشتركة محرم بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ولا حد فيه في قول اكثر اهل العلم، وقال ابو ثور يجب عليه الحد لانه وطء محرم فأشبهه وطء الامة الاجنبية.

وانما انه وطء صادق ملكه فلم يجب الحد كوطء زوجته الحائض ويفارق ما لا ملك له فيه فانه لا شبهة له فيها ولهذا لو سرق عينا له فيها شرك لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ويجب عليه التعزير بغير خلاف تعلمه لما ذكرنا في حجة أبي ثور فن وثبنا ولم تحمل منه فهي باقية على ملكهما وعليه نصف مهر مثالي لانه وطء سقط فيه الحد للشبهة فأوجب مهر انثل كلو وطئها يظنها امرأته وسواء طأوعته أو أكرهها لان وطء جارية الغير يوجب المهر وإن طأوعت لان المهر لسيدها لا يسقط

يجب للامة اذا عهدا سيدها يعني وطئها ان لا تصلي إلا بمجتمعة وإن صلت مكشوفة الرأس اجزأها لأنها امة حكمها حكم الاماء ، قال ابراهيم تصلي ام الولد بغير قناع وإن كانت بنت ستين سنة ، وقد روي عن احمد رضي الله عنه رواية أخرى ان عورتها عورة الحرة وذكرنا ذلك في كتاب الصلاة والصحيح ان حكمها حكم الاماء وانما خالفتهن في استحقاقها للعتق وامتناع نقل الملك فيها وهذا لا يوجب تغير الحكم في عورتها كالدبيرة ولان الاصل بقاء حكمها في اباحة كشف رأسها ولم يوجد ما ينقل عنه من نص ولا ما في معناه فيبقى الحكم على ما كان عليه

(مسألة) قال (واذا قتلت أم الولد سيدها فعليها قيمة نفسها)

وجاءته ان ام الولد اذا قتلت سيدها عتقت لانها لا يمكن نقل الملك فيها وقد زال ملك سيدها بقتله فصارت حرة كما لو قتله غيرها وعليها قيمة نفسها ان لم يجب القصاص عليها وهذا قول ابي يوسف وقال الشافعي عليها الدية لانها تصير حرة ولذلك ازمها موجب جنايتها والواجب على الحر بقتل الحرة ولنا انها جناية من ام ولد فلم يجب بها أكثر من قيمتها كما لو جنت على أجنبي ولان اعتبار

بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع بعض أعضائها والواجب عليه من المهر بقدر ملك الشريك فيها ، فاما ان أحباها ووضعت ما يتبين فيه بعض خلق الانسان فانها تصير بذلك أم ولد للوطيء كما لو كانت خالصة له وتخرج بذلك عن ملك الشريك كمن خرج بالاعتاق موسراً كان الواطيء أو معسراً لان الايلاد أقوى من الاعتاق . وهذا قول الحنفي ويلزمه نصف قيمتها لانه أخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو أخرجه بالاعتاق أو الاتلاف فان كان موسراً آذاه وان كان معسراً فهو في ذمته كما لو أتلها والولد حر يلحق نسبه بوالده لانه من وطء في محل له فيه ملك فأشبه ما لو وطئ زوجته فعلى هذا القول ان وطئها الثاني بعد ذلك فأولدها فعليها مهرها لانه وطء صادف ملك الغير فأشبهه وطء الامة الاجنبية فان كان عالمًا فولده رقيق لانه وطء في غير ملك ولا شبهة ملك فهو كوطء مملوكة غيره وان جهل ايلاد شريكه وانها صارت أم ولد له فولده حر لانه من وطئ شبهة وعليه فداؤه بقيمته يوم الولادة لانه الوقت الذي يمكن التقويم فيه ذكره الحنفي

وقال القاضي الصحيح عندي أن الاول لا يسري استيلاده إذا كان معسراً ولا يقوم عليه نصيب شريكه بل يصير نصفها أم ولد ونصفها قن باق على ملك الشريك لان الاحبال كاعتق ويجري مجراه في التقويم والسراية واعتبر في سرايته اليسار كاعتق وهو قول أبي الخطاب ومذهب الشافعي فعلى هذا إذا ولدت بمتمل ان يكون الولد كله حراً ، واحتمل ان يكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً كالمه وكولد المعتق بعضها وبهذا يتبين انه لم يستحل انفقاد الاول من حر وقن ، ووجه القول الأول أن الاستيلاد أقوى من العتق ولهذا ينفذ من رأس المال من المريض ومن المجنون بخلاف الاعتاق

الجناية في حق الجاني بحال الجناية بدليل ما لو جنى على عبد فأعتقه سيده وهي في حال الجناية أمة فأنها إنما اعتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها اذا قتلت غيره ولأنها ناقصة بالرق أشبهت القن وتفرق الخرقه جنى وهو كامل وأنا تعلق موجب الجناية بها لأنها فوتت رقها بقتلها لسيدها فأشبه ما لو فوت المالك الجاني رقه بأدائه وأما ان قتلت سيدها عمداً ولم يكن لها منه ولد فعليها القصاص لورثة سيدها وان كان منها ولد وهو الوارث وحده فلا قصاص عليها لأنه لو وجب لوجب لولدها ولا يجب للولد على أمه قصاص، وقد توقف إجمد رضي الله عنه عن هذه المسئلة في رواية منها، وقد دعنا من هذه المسائل وقياس مذهبه ما ذكرناه وان كان لها منه ولد وله اولاد من

غيرها لم يجب القصاص أيضاً لان حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله وقد نقل

منه عن إجمد رضي الله عنه انه يقتلها ولاده من غيرها وهذه الرواية تخالف

أصول مذهبه والصحيح انه لا قصاص عليها ويجب عليها فداء

نفسها بقيمتها كما لو عفا بمض مستحق القصاص

عن حقه منه والله أعلم والحمد لله

وحده وصلى الله على محمد

(فصل) وهل يلزمه نصف قيمة الولد؟ على وجهين ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يلزمه وهو ظاهر كلام الحرقي لان الولد خلق حرراً فلم يلزمه قيمة ولده الحر (والثاني) يلزمه نصف قيمته لشريكه لان الوطء صادف ملك غيره وإنما انتقلت بالوطء الموجب للمهر فيكون الوطء سبب الملك ولا يثبت الحكم الا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطء على ملكه فيكون في ملك غيره وفعله ذلك مع انخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المهرور، وقال القاضي ان وضعت الولد بعد التقويم فلا شيء على الواطء لأنها وضعت في ملكه ووقت الوجوب حالة الوضع ولا حق للشريك فيها ولا في ولدها وان وضعت قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه؟ على روايتين ذكرهما أبو بكر واختار انه لا يلزمه **مسئلة** وعند اتقاضي وأبي الخطاب ان كان الاول معسراً لم يسر استيلاده وتصير ام ولد لها يمتق نصفها بموت أحدهما لأنها ام ولد له وقد ذكرنا ذلك وان اعتق أحدهما نصيبه بعد ذلك وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه؟ على وجهين (أحدهما) لا يسري عتقه لأنه يبطل حق صاحبه من الولاء الذي قد انعقد سببه بالاستيلاد (والثاني) يقوم عليه لحديث ابن عمر وهو اولى واصح ان شاء الله تعالى.

(فصل) ولا فرق بين ان يكون في الأمة ملك قليل

أو كثير فالحكم في ذلك واحد لان مالك

اليسير يملك بعضها أشبه الكثير

والله سبحانه وتعالى اعلم

ثم الجزء الثاني عشر من كتابي المغني والشرح الكبير وبه تم الكتاب

خاتمة الطبع

الحمد لله الذي بنعمته تم الصالحات ، والصلاة والسلام على الصلح الأعظم بالآيات البيئات ،
والعلم النافع والحكم الباهرات : محمد رسول الله وختم النبيين ، وآله الطاهرين ، وصحابه الهداة
المهدين ، ومن تبعهم الى يوم الدين

أما بعد فإنه قد تم طبع كتاب (الغني) في فقه الاسلام ، ومدارك المجتهدين من أئمة
الأعلام ، مع كتاب الشرح الكبير المقتبس منه مع زيادة بعض الفوائد والاستدراكات ، وقد بينا
مزايا الكتابين ووجوه الحاجة اليهما وترجمة مؤلفيهما في المقدمة التي نشرناها في الجزء الأول ، وقد بانمت
أجزاؤهما ١٢ مجلدا كبيرا ولا يسعنا الا أن نعود في هذه الخاتمة الى اثناء على مسدي هذا الخير العظيم
الى الامة الاسلامية بالأمر بطبعه والانفاق عليه من ماله الخاص به ، امام السنة ، ومحبي عدل الخلفاء
وعلم الأئمة ، مؤسس المملكتين ، وخدام الحرمين الشريفين ، عبدالعزيز بن عبد الرحمن الفيصل
آل سعود ملك الحجاز ونجد ، وعاهل العرب في كل غور ونجد ، أعزه الله تعالى وأعزه به العرب
والاسلام ، وفتح به الأنام ، وقد كان أمرنا أولا بطبع خمسمائة نسخة منه فقط ليوزعها على علماء
نجد ، وأذن لنا أن نطبع منه ما شئنا على حسابنا لاجل نشره في سائر الأمصار ، وبعد صدور عدة أجزاء
منه وكان قد استولى على الحجاز ، واتسع الباب لنشر مطبوعاته فيه وفي غيره من الاقطار ، فاشترى
منا أكثر النسخ التي طبعناها لاجل البيع ، وكان قد اشترى الكتاب في مصر وغيرها ، وصار يزيد عدد
طالبيه فاضطررنا الى زيادة ما كنا نطبعه المكتبة ناعما تحتاج الى تكلفة نسخ الذين اشترىوا الأجزاء الاولى
وما زالوا يكثر حتى اضطررنا الى إعادة طبع الأجزاء الأولى ، ولا شك أن لهذا الامام
والملك الهام ثواب الألوف من النسخ التي يوزعها على العلماء مجنا وثواب سائر النسخ التي يشتريها
منا المنتفعون بهذا الكتاب الجليل لانه هو السبب في وجوده ، ولولاه لما أقدمنا ولا أقدم غيرنا على
طبعه ، لان التجار لا يقدمون على طبع اثني عشر مجلدا في الفقه لأحد فقهاء مذهب الامام أحمد بن
حنبل مع قلة الخنايلة في الأمصار وفقرهم ، وقلة من يعلم ان هذا الكتاب هو في فقه الاسلام في
جمته لا فقه الخنايلة وحدهم

وقد بذات مطبعتنا الجهد في تصحيح الكتاب بالمقابلة على أحسن النسخ الخطية المحفوظة في
خزائن المكتبة المصرية الكبرى العامة وهذه النسخ من وقف الملك المؤيد رحمه الله تعالى
ونسأل الله تعالى أن يثيبنا على ذلك وينفعنا نحن وسائر علماء المسلمين بهذا الكتاب النفيس .
صاحب مطبعة المنار ومكتبتها بمصر .
والله الحمد أولا وآخرا .

محمد رشيد رضا

فهرس الجزء الثاني عشر من كتابي المني والشرح الكبير

٢	(كتاب الشهادات)	٣١	فصل في شهادة البدوي على القروي والقروي
٣	تحمل الشهادة وأداؤها فرض كفاية		على البدوي
٤	تحمل الشهادة واجب مع انتفاء الضرر	٣٢	العدل من لم يظهر منه ريبة
٥	شهود الزنا وما يشترط فيهم	٣٣	من لا يجوز شهادته
٦	لا يقبل فيما سوى الاموال أنل من رجلين	٣٤	بيان ما يسقط المروءة من الاخلاق والعادات
٧	ما يعتبر في شهود العقوبات وغيرها		والحرف
٨	ما يثبت به الابعار والوصية	٣٥	لمب الزدشير بد الشهادة وكذا كل لمب فيه قمار
٩	لا يقبل في شهادة الاموال أقل من رجل	٣٦	الشرطي كالنرد في التحريم ورد الشهادة
	وامرأتين الخ	٣٧	اللاعب بالحمام لا شهادة له
١٠	ثبت المال المدعيه بشاهدوين عنداً كثر اهل العلم	٣٨	المسابقة المشروعة
١١	القول بأن الزيادة في النص نسخ غير صحيح	٣٩	فصل في الملاهي
١٢	فصول في الشهادة	٤٠	حكم الضرب بالدف
١٣	حكم ما لو ادعى رجل على آخر سرقة نصاب	٤١	حكم الغناء
	من حرزه الخ	٤٢	حكم الحداء والشعر
١٤	فصل فيما لو ادعى جارية في يد رجل أنها أم ولده	٤٣	ليس في اباحة الشعر خلاف
١٥	تقبل شهادة امرأه عدل فيما لا يطلع عليه الرجال	٤٤	الشعر الممدوح والمذموم
١٦	ما يجوز في شهادة المرأة الواحدة	٤٥	فصل في قراءة القرآن بالالحان
١٨	مسئلة فيمن لزمته الشهادة	٤٦	حكم القراءة بالتلحين
١٩	لا يجوز لمن له كفاية أخذ الجمل على الشهادة	٤٧	القدر الذي يباح من تلحين القرآن والتغني به
٢٠	مدرك العلم الذي تقع به الشهادة الرؤية والسمع	٤٨	لا تقبل شهادة الطفلي ومن سأل دون ان يحل
٢١	المرأة كالرجل في جواز الشهادة عليها	٤٩	له المثلة
٢٢	حكم ما لو عرف الشاهد خطه ونسي أنه شهد به	٥٠	من فعل شيئاً من الفروع مختلفاً فيه لم ترد شهادته
٢٣	مسئلة في الشهادة على ما تظاهرت به الاخبار	٥١	يجوز شهادة الكفار من اهل الكتاب في الوصية
٢٤	الشهادة بالاستفاضة		في السفر
٢٥	اذا كان في يد رجل دار يتصرف فيها تصرف	٥٢	كيفية الشهادة على الوصية حين الموت
	الملاك جازت الشهادة أنها له	٥٣	ما لا يجوز فيه شهادة الكفار على المسلم
٢٦	حكم ما لو شهد عدلان ان فلانا مات وخلف	٥٤	الكلام في شهادة أهل الكفر بعضهم على بعض
	فلانا وفلانا	٥٥	لا تقبل شهادة خضع ولا جار الى نفسه ولا دافع
٢٧	شروط الشهادة		عنها
٢٩	نوتا الفسوق وأضررب المختلفين	٥٦	حكم ما لو شهد على رجل بحق ففدنه المشهود عليه
٣٠	ضروب المختلفين	٥٨	لا تقبل شهادة الاجير لمن استأجره

(ب) فهرس الجزء الثاني عشر من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة	صفحة
٥٩	تمثيل للدافع عن نفسه
٦٠	لا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط
٦١	تجاوز شهادة الاعمى اذا تبين الصوت
٦٢	حكم مالو يحمل الشهادة ثم عمي
٦٣	لا تجاوز شهادة الاخرس بحال
٦٤	لا تجاوز شهادة الوالدين للولد الخ
٦٦	تقبل شهادة الاب على ابنه والابن على أبيه
٦٧	لا تجاوز شهادة العبد لمسيده ولا السيد لعبده
٦٨	لا تجاوز شهادة الزوج لامرأته ولا المرأة لزوجها
٦٩	شهادة الاخ لاخته جائزة
٧٠	تجاوز شهادة العبد في كل شيء الا في الحدود
٧١	التعليل لجواز شهادة السيد
٧٢	حكم المكاتب والمديرة وأم الولد والمعتق بمضه حكم اتقن
٧٣	مسئلة في شهادة ولد الزنا
٧٤	إذا تاب القاذف قبلت شهادته
٧٧	القاذف في الشتم ترد شهادته
٧٨	فصل في قبول التوبة متى تاب
٧٩	التوبة ضربان باطنة وحكيمة
٨٠	لا يشترط في التوبة اصلاح العمل
٨١	ما يعتبر من التائب من البدعة
٨٢	من ردت شهادته وهو غير عدل لم تقبل وهو عدل
٨٣	حكم مالو شهد السيد لمكاتبه فردت شهادته الخ
٨٤	حكم مالو شهد وهو عدل فلم يحكم بها حتى تغير
٨٦	مسئلة في شهادة العدل على العدل
٨٨	شروط شهادة العدل على العدل
٩٣	فصل في كيفية أداء الشهادة على الشهادة
٩٤	شهادة المرأة على المرأة
٩٥	لا يقبل على شاهد أصل الاشاهد افرع
٩٦	حكم مالو كان المشهود به زنا
٩٧	مسئلة في الشهادة على من سمعه يقر بحق
٩٨	الحقوق ضربان
١٠٠	فصل فيمن كانت عنده شهادة لا دمي
١٠١	(كتاب الاقضية)
١٠٢	حكم مالو هلك رجل وخلف ولدين ومائتي درهم
١٠٣	حكم مالو مات الرجل مفلسا وادعى ورثته ديناً له على رجل
١٠٤	حكم مالو خلف احد الابنين مع الشاهد الخ
١٠٦	حكم مالو خلف ابون وثلاثة بنين وداراً قادري البنون وقفها عليهم
١٠٨	حكم مالو ادعوا ان أباهم وقف داره على ولده وولد ولده الخ
١٠٩	حكم مالو كان الوقف مرتباً بطناً بعد بطن
١١٠	مسئلة فيمن ادعى دعوى وذكر أن ينفته بالبعد منه الخ
١١١	حكم مالو طلب المدعي حبس المدعى عليه أو إقامة كفيل
١١٢	مسئلة في اليمين التي برأ بها المطلوب
١١٤	كيف يقسم اليهودي والعراقي
١١٦	تعليظ الايمان
١١٧	الشهادة بالوصية في السفر والمواضع التي خالفت فيها القياس
١١٨	يحلف الرجل على البت ويحلف الوارث على العلم
١١٩	اليمين على البت واليمين على نفي العلم
١٢٠	فصل فيها لو توجهت عليه يمين هو فيها صادق
١٢١	حكم الحلف الكاذب
١٢٢	يمين الحالف على حسب جوابه
١٢٣	لا تدخل اليمين التباة
١٢٤	فروع في رد اليمين

فهرس الجزء الثاني عشر من كتابي المغني والشرح الكبير (ج)

صفحة	صفحة
١٢٥ حكم ما لو نكل من توجهت عليه المين وقل لي بينة	١٥٢ حكم ما لو ادعى العبد ان سيده أعنته
١٢٦ حكم ما لو حلف ثم قال ان شاء الله	١٥٣ مسألة في شهادة الزور
١٢٧ الحقوق ضربان	١٥٥ مسألة فيها لو غير العدل شهادته بمحضرة الحاكم
١٢٨ الحقوق المأبأة	١٥٦ مسألة فيها إذا شهد شاهد بالقب وآخر بخمسائة
١٢٩ مسألة فيما لو شهد من الاربعة اثمان ان هذا زني بها	١٥٧ مسألة فيمن ادعى شهادة عدل فأنكر أن تكون
١٣٠ حكم الشهادة على نصايين	عنده شهادة
١٣١ حكم ما لو كانت الشهادة على فصل اختلف	١٥٨ حكم ما لو مات رجل وخلف ابنا وألف درهم
الشاهدان في زمانه أو مكانه	١٥٩ مسألة في اشارة المريض بالاقرار
١٣٣ فصل في الشهادة على الاقرار	١٦٠ مسألة في شهادة الصبي
١٣٤ حكم الاختلاف في الشهادة بالزمان	١٦١ مسألة في شهادة الطب على الموضحة
١٣٥ فصل في الشهادة بالنكاح	١٦٢ كتاب الدعاوى والبيّنات
١٣٦ حكم ما لو اشهد بمجرع او قل ثم رجعا	١٦٣ لا يستحلف على النكاح
١٣٨ حكم الرجوع من الشهادة بعد الاستيفاء	١٦٤ فصل فيما لو ادعى رجل نكاح امرأة
١٤٠ فصل فيما لو رجم أحد الشاهدين وحده	١٦٥ حكم ما لو ادعت المرأة النكاح وذكرت معه
١٤١ مسألة فيما لو كانت شهادتهما بمال	حقاً من حقوق النكاح
١٤٢ اذا كان المحكوم به عبداً غرما قيمته	١٦٦ حكم سائر العقود غير النكاح من حيث الكشف
١٤٣ حكم ما لو شهد على امرأة بنكاح حكم به	وذكر الشروط
ثم رجعا	١٦٧ حكم ما لو ادعى دابة في يد رجل فأنكر
١٤٤ حكم الموضع الذي يجب القبان فيها على الشهود	وأقام كل واحد بينة
بالرجوع	١٦٨ فصلان في البيّنة
١٤٥ فصل فيما لو حكم الحاكم بشهادة رجل وامرأتين	١٦٩ حكم ما لو كان المشهود عليه لا يعرف عن نفسه
١٤٦ حكم ما لو شهد اربعة بالزنا واثان بالاحسان الخ	١٧٠ حكم ما لو ادعى الخارج أن الدابة ملكه
١٤٧ فصل فيما لو شهد شاهداً فرع على شاهدي	١٧١ حكم ما لو ادعى زيد شاة في يد عمرو
اصل الخ	١٧٢ حكم ما لو كان في يد رجل شاة فادعاها رجل
١٤٨ فصل فيما لو حكم الحاكم بشاهد وبمين فرجع	١٧٣ حكم ما لو كانت الدابة في أيديهما فأقام كل
الشاهد	منهما بينة أنها له
١٤٩ مسألة فيما لو قطع الحاكم يد السارق بشهادة	١٧٤ حكم ما لو شهدت احداها أنها له منذ سنة
اثنتين ثم بان انها كافران	١٧٥ لا ترجع احدي البيّتين بكثرة العدد
١٥٠ حكم ما لو شهد بالزنا أربعة الخ	١٧٦ حكم ما لو كان في أيديهما دار فادتاها
١٥١ حكم ما لو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ثم	أحدهما كاهها
بان فسقهما	

صفحة	صفحة
١٧٨	حكم مالو كانت الدار في يد ثلاثة الخ
١٨١	حكم مالو كانت الدار في يد أربعة الخ
١٨٣	حكم مالو كانت الدابة في يد غيرها واعترف
٢٠٥	حكم مالو ادعى السان ان أباه مات وخلفه وأخاه غائباً
٢٠٧	حكم مالو اختلف في دار في يد أحدهما وأقام أحدهما بينة الخ
٢٠٨	حكم مالو ادعى أمة أنها له الخ
٢٠٩	حكم مالو كان في يد رجل دار فادعاهما فسان
٢١٠	حكم مالو كان في يد رجل طفل لا يبرعن نفسه
٢١١	حكم مالو ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة
٢١٢	حكم مالو كانت دار في يد رجل فادعى عليه رجلان
٢١٣	حكم مالو شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بألف
٢٤١	حكم مالو مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافرا
٢١٦	حكم مالو أقام المسلم بينة انه مات مسلما الخ
٢١٧	حكم مالو أقام المسلم بينة أنه مات مسلما
٢١٨	حكم مالو خاف ابنا مسلما وأخا كافرا
٢١٩	حكم مالو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها مات قبل ابنها الخ
٢٢١	حكم مالو كان في يد رجل دار فادعت امرأته أنه اصدقها لإياها
٢٢٢	حكم مالو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفاً
٢٣٢	حكم مالو دخل اليتا أهل الحرب فأقر بعضهم بنسب بعض
٢٢٤	وجوه الاقرار بالنسب
٢٢٥	حكم مالو اختلف الزوجان في متاع البيت
٢٢٦	حكم مالو كان في الدكان نجار وعطار
٢٢٧	حكم مالو كان الحياط في دار غيره فاختلفا في الابة والمقص
٢٢٨	حكم مالو تنازع رجلان دابة أحدهما راكبها
١٧٨	حكم مالو كانت الدار في يد ثلاثة الخ
١٨١	حكم مالو كانت الدار في يد أربعة الخ
١٨٣	حكم مالو كانت الدابة في يد غيرها واعترف
٢٠٥	حكم مالو ادعى السان ان أباه مات وخلفه وأخاه غائباً
٢٠٧	حكم مالو اختلف في دار في يد أحدهما وأقام أحدهما بينة الخ
٢٠٨	حكم مالو ادعى أمة أنها له الخ
٢٠٩	حكم مالو كان في يد رجل دار فادعاهما فسان
٢١٠	حكم مالو كان في يد رجل طفل لا يبرعن نفسه
٢١١	حكم مالو ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة
٢١٢	حكم مالو كانت دار في يد رجل فادعى عليه رجلان
٢١٣	حكم مالو شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بألف
٢٤١	حكم مالو مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافرا
٢١٦	حكم مالو أقام المسلم بينة انه مات مسلما الخ
٢١٧	حكم مالو أقام المسلم بينة أنه مات مسلما
٢١٨	حكم مالو خاف ابنا مسلما وأخا كافرا
٢١٩	حكم مالو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها مات قبل ابنها الخ
٢٢١	حكم مالو كان في يد رجل دار فادعت امرأته أنه اصدقها لإياها
٢٢٢	حكم مالو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفاً
٢٣٢	حكم مالو دخل اليتا أهل الحرب فأقر بعضهم بنسب بعض
٢٢٤	وجوه الاقرار بالنسب
٢٢٥	حكم مالو اختلف الزوجان في متاع البيت
٢٢٦	حكم مالو كان في الدكان نجار وعطار
٢٢٧	حكم مالو كان الحياط في دار غيره فاختلفا في الابة والمقص
٢٢٨	حكم مالو تنازع رجلان دابة أحدهما راكبها

صفحة	صفحة
٢٢٩ حكم ما لو كان على أحد حق وقدر له على مال	٢٥٩ حكم ما لو كان أحد الشريكين موسرا والآخر
٢٣١ حكم ما لو كان لا إسان على إسان حق وأقام به	ممسرا
شاهدين الخ	٢٦٠ حكم ما لو ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق
٢٣٢ حكم ما لو ادعى العبد أن سيده أعتقه	نصيبه
٢٣٣ ﴿ كتاب العتق ﴾	٢٦١ حكم ما لو مات الرجل وخلف ابنين وعبدين
٢٣٤ بيان ما يحصل به العتق	٢٦٢ أحوال العتق في المرض
٢٣٧ حكم ما لو قال لا أكبر منه هذا ابني	٢٦٣ حكم ما لو كان لرجل نصف عبد ولا آخر ثلثه
٢٣٨ يصح العتق من كل من يجوز تصرفه	ولا آخر سدسه
٢٣٩ لا يصح العتق من غير المالك	٢٦٥ حكم ما لو كانت الأمة بين شريكين فأصابها أحدهما
٢٤٠ حكم ما لو كان العبد بين ثلاثة فأعتقوه	٢٦٧ فصل في قيمة الولد ومهر الأمة إذا أصابها أحدهما
٢٤١ حكم ما لو قال أحد الشركاء للعبدان دخلت الدار	٢٦١ حكم ما لو ملك سهما من بعتق عليه بشير الميراث
فنصيبني منك حر	وهو موسر
٢٤٢ حكم ما لو أعتق أحد الشركاء نصيبه وهو موسر	٢٦٩ حكم ما لو ورث الصبي والمجنون جزءا من بعتق
٢٤٣ لا فرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين	عليها
٢٤٤ حكم ما لو اعتقاه بعد عتق الأول الخ	٢٨٠ حكم ما لو باع عبدا لذي رحمه وأجنبي
٢٤٦ القيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق	٢٨١ حكم ما لو كان لرجل نصف عبدتين متساويتين
٢٤٧ فصل في المعتبر من اليسار	٢٧٢ حكم ما لو شهد شاهدان على ميت بعتق عبد
٢٤٨ حكم ما لو قال شريك لشريكه إذا اعتقت نصيبك	٢٧٣ حكم ما لو كان له ثلاثة أعبد فأعتقهم في مرض موته
فأعتق نصيبي	٢٧٦ القرعة وما ورد من السنة فيها
٢٤٩ حكم ما لو أعتقه الأول وهو موسر والثاني وهو	٢٧٧ فصل في كيفية القرعة
موسر	٢٧٨ مسئلة في القرعة والعتق
٢٥١ فصل في العتق بالسماية	٢٨١ حكم ما لو كان على الميت دين يحيط بالتركة
٢٥٢ حكم ما لو كان المعتق الثاني ممسرا	٢٨٢ حكم ما لو أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم
٢٥٣ حكم من أعتق بعضه	٢٨٣ حكم ما لو قال في مرض موته أحدهم حراً أو كاهن
٢٥٥ حكم ما لو كان العبد بين شريكين قاعدى كل واحد أن شريكه أعتق حقه	٢٨٤ حكم ما لو ملك نصف عبد فدبره
٢٥٦ حكم ما لو اشترى أحدهما نصيب الآخر	٢٨٥ حكم ما لو دبر بعضه وهو مالك لأكله
٢٥٧ حكم من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه	٢٨٦ حكم ما لو أعتقهم وثلاثة تعلمهم ثم ظهر عليه دين
٢٥٨ حكم ما لو كان الشريكان ممسرين	٢٨٧ حكم ما لو أعتق المريض ثلاثة أعبدا لماله غيرهم
	٢٨٨ حكم ما لو وصى بعتق عبده يخرج من ثلثه
	٢٨٩ حكم ما لو علق عتق عبده على شرط
	٢٩٠ حكم ما لو أعتق عبدا وللعبد مال

صفحة	حكم	صفحة	حكم
٢٩١	حكم ما لو قال لبيد انت حر في وقت ساء	٣٢٢	حكم ما لو ارتد سيد المدير
٢٩٢	حكم ما لو قال لبيد ان لم اضربك عشرة أسواط	٣٢٣	ما ولدته المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها
٢٩٣	فأنت حر	٣٢٥	حكم ما لو عاق عتق أمته بصفة
٢٩٤	حكم ما لو قال لبيد ان دخلت الدار فأنت حر	٣٢٦	حكم ما لو ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها
٢٩٥	حكم ما لو قال لبيد انت حر متى شئت	٣٢٧	كسب المدير في حياته لسيده
٢٩٦	أقسام تعلق العتق	٣٢٨	للسيد اصابة المدبرة
٢٩٧	حكم ما لو قال لبيد انت حر وعليك الف	٣٢٨	مسئلة في انكار التدبير
٣٠٠	حكم ما لو علق عتق أمته وهي حامل	٣٣١	حكم ما لو دبر عبده ومات وله مال
٣٠١	حكم ما لو قال لامته اول ولد تلدينه فهو حر	٣٣٢	حكم ما لو كان المدير عبيدين
٣٠٢	فصل فيما لو قال أول غلام أملكه فهو حر	٣٣٣	فصول في التدبير
٣٠٣	فصل فيما لو قال آخر عبد أملكه فهو حر	٣٣٤	مسئلة في التدبير من الصبي
٣٠٤	حكم ما لو قال عبد لرجل اشترني من سيدي	٣٣٥	حكم ما اذا قتل المدير سيده
٣٠٥	بهذا المال	٣٣٦	سائر جنائيات المدير غير جائزة
٣٠٥	حكم ما لو كان عبد بين شريكين فأعطى	٣٣٨	حكم ما لو دبر العبد ثم كاتبه
٣٠٦	أحدهما خمسين ديناراً ويتق نصيبه	٣٣٨	(كتاب المكاتب)
٣٠٦	حكم ما لو وكل احد الشريكين شريكه في عتق	٣٣٩	حكم ما لو سأل العبد سيده مكانته
٣٠٧	نصيبه	٣٤١	لا تصح الكتابة الا بمن يصح تصرفه
٣٠٧	(كتاب التدبير)	٣٤٢	حكم ما لو كاتب الذي عبده المسلم
٣٠٨	يتق المدير بعد الموت من ثلث المال	٣٤٣	حكم ما لو كاتب الحر عبده
٣٠٩	يجوز التدبير مطلقاً ومقيداً	٣٤٥	حكم ما لو كاتب المرتد عبده
٣١٠	حكم ما لو قال ان دخلت الدار بعد موتي فأنت حر	٣٤٦	حكم ما لو كاتب عبده أو أمته على أنجيم
٣١١	حكم ما لو قال انت حر بعد موتي	٣٤٩	حكم ما لو كاتبه على أنجيم مدة معلومة
٣١٢	حكم ما لو قال لبيد إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتي	٣٥٠	مقدار ما يتق بإدائه المكاتب من المشروط عليه
٣١٣	حكم ما لو قال لبيد اذا مات فأنت حر	٣٥١	فصل فيما تجوز عليه الكتابة
٣١٤	حكم ما لو دبر كل واحد نصيباً فأت أحدهما	٣٥٣	أصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة
٣١٦	لا يجوز بيع المدير في الدين وقيل يجوز	٣٥٤	حكم ما لو كاتبه
٣١٧	أمر رسول الله ﷺ ببيع المدير	٣٥٥	مسئلة في إعطاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه
٣١٨	مسئلة في بيع المدبرة	٣٥٦	ألحق على إعطاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه
٣١٩	مسئلة فيما لو دبره ثم قال قد رجعت	٣٥٧	مقدار ما يعطى المكاتب مما كوتب عليه
٣٢٠	حكم ما لو ارتد المدير ولحق به دار الحرب	٣٥٨	فصول في جنس ما يعطى المكاتب ووقت جوازه ووجوبه

(فهرس الجزء الثاني عشر من كتابي الغني والشرح الكبير) (ز)

صفحة	صفحة
٣٩١	حكم مالو عجلت الكتابة قبل محلها
٣٩٢	حكم مالو احضر المكاتب مال الكتابة فقال
٣٩٤	السيد هذا حرام
٣٩٥	لو كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره
٣٩٨	حكم مالو مات وأدى بعض كتابته وفي يده وفاء وفضل
٣٩٩	حكم مالو مات ولم يخلف وفاء
٤٠٢	قتل المكاتب كموته في اقتصاص الكتابة
٤٠١	إذا مات السيد كان العبد على كتابته
٤٠٥	ولاء المكاتب لسيد
٤٠٦	لو أعتق الورثة المكاتب صح عنهم
٤٠٩	حكم مالو باع الورثة المكاتب او وهبوه
٤١٠	إن أوصى السيد بمال لالمكاتب لرجل صح
٤١١	حكم مالو مات وخلف رجلين وعبدان
٤١٣	لا يمنع المكاتب من السفر
٤١٥	حكم مالو شرط السيد على المكاتب الا يسافر
٤١٦	ليس للمكاتب ان يتزوج الا باذن سيده
٤١٧	ليس للمكاتب التمري بغير اذن سيده
٤١٨	ليس للمكاتب ان يزوج عبده واماء
٤١٩	ليس للمكاتب إعطاء رقيقه الا باذن سيده
٤٢٠	المكاتب محجور عليه في ماله
٤٢١	ليس للمكاتب ان يكتسب الا باذن سيده
٤٢٢	ليس للمكاتب ان يبيع نفسه
٤٢٣	المكاتب البيع والشراء باجماع من أهل العلم
٤٢٤	مسئلة في الربا بين السيد وسيد
٤٢٥	حكم مالو كان لكل واحد من السيد والمكاتب على صاحبه دين
٤٢٦	لا يجوز وطء المكاتبه من غير شرط ذلك في الكتابة
٤٢٧	حكم مالو شرط وطأها
٤٢٨	فصول في وطء المكاتبه وبنتها
٤٢٩	ان وطء السيد مكاتبته ولم يشترطه أدب
٤٣٠	حكم مالو علفت المكاتبه من سيدها
٤٣١	حكم مالو أعتق السيد المكاتبه
٤٣٢	حكم مالو كانت بين شريكين فكتباها ووطنها أحدهما
٤٣٣	حكم مالو ووطنها جميعاً
٤٣٤	حكم مالو أولدها كل واحد منهما وانفقا على السابق منهما
٤٣٥	حكم مالو اختلفا في السابق منهما
٤٣٦	حكم مالو ووطنها معا فانت بولد
٤٣٧	أقسام فيما لو ووطنها معا فانت بولد
٤٣٨	حكم مالو كاتب نصف عبد
٤٣٩	حكم مالو كان العبد كله ملكا لرجل
٤٤٠	حكم مالو كان العبد لرجلين فكتباها معا
٤٤١	ليس للمكاتب أن يؤدي الى أحدهما اكثر من الآخر
٤٤٢	ان عجز مكاتبها فلهما الفسخ
٤٤٣	مسئلة في زكاة مال المكاتب إذا عتق
٤٤٤	إذا لم يؤد المكاتب عجزه السيد
٤٤٥	حكم مالو حل نجم واحد فعجز عن أدائه
٤٤٦	حكم مالو حل النجم وماله حاضر عنده
٤٤٧	حكم مالو حل النجم والمكاتب غائب
٤٤٨	حكم مالو دفع الموضع في الكتابة فبان مستحقا
٤٤٩	ماقبض من نجوم كتابته يستقبل به حولا
٤٥٠	حكم مالو جنى المكاتب جنابة
٤٥١	ماقبض من نجوم الكتابة يستقبل به حولا
٤٥٢	حكم مالو جنى المكاتب جنابات
٤٥٣	حكم مالو جنى المكاتب على سيده فيمادون النفس
٤٥٤	حكم مالو اجتمع على المكاتب أرض جنابة ومن يبيع
٤٥٥	حكم مالو ملك المكاتب ابنه

صفحة	
٤٦٥	حكم مالو جنى بعض عبيد المكاتب على بعض
٤٦٦	حكم مالو جنى على المكاتب فيها دون النفس
٤٦٧	حكم مالومات المكاتب وعليه ديون وأروش
	وجزائيات
٤٦٨	حكم مالو كاتبه ثم دبره
٤٦٩	حكم مالو قال لمكاتبه متى عجزت بعد موتي
٤٧٠	فأنت حر
٤٧١	حكم مالو كاتب عبداً في صحته ثم أعتقه في
	مرض موته
٤٧٢	حكم مالو ادعى المكاتب وفاة كتابته
٤٧٣	حكم مالو أنكر السيد ولم يكن للعبد شاهد
٤٧٤	لا يكفر المكاتب بغير الصوم
٤٧٧	ولد المكاتب في الكتابة يعتقون بكتابتها
٤٧٩	ولد المكاتب المولودون في الكتابة يعتقون بكتابتها
٤٨١	مسئلة في جواز بيع المكاتب
	الكتابة لا تنسخ باليمين
٤٨٢	بيع الدين الذي على المكاتب من محبوه لا يصبح
٤٨٧	حكم مالو كانت الكتابة ذات ولد يتبعه أبقاعها مما
٤٩٥	حكم مالو وهى بالمكاتب لرجل
٤٩٨	حكم مالو وصى بالكتابة لرجل وبرقبته لا آخر
٤٩٩	فصل في صحة الوصية للمكاتب
٥٠١	حكم مالو اشترى المكاتب أباه أو ذا رحمه
٥٠٢	إذا اشترى المكاتب ذا رحمه فكسبهم له
٥٠٥	حكم مالو وهب للمكاتب بعض ذوي رحمه
٥٠٦	حكم مالو كان العبد ثلاثة فقال ييموني نفسي الخ
٥٠٨	حكم مالو كان العبد بين شريكين فكاتباه على
٥١٠	مائة فادعى دفعها
٥١٣	حكم مالو ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما
٥١٤	حكم مالو اعترف المدعى قبض المائة على الوجه
٥١٥	الذي ادعاه المكاتب
٥١٦	حكم مالو قال السيد كاتبك على ألفين
	حكم مالو اختلفا في أداء التجوم
	حكم مالو كاتب عبيدين واستوفى من أحدهما
	كان للمكاتب أولاد من معتق آخر غير
	سيده
	أعتق الامة أو كاتبها وشرط ما في بطنها
	مسئلة في تحجيل المكاتب بعض كتابته لسيده
	حكم مالو اتفقا على الزيادة في الاجل بالدين
	صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير
	جنسه
	كان السيد بين اثنين فكاتب أحدهما الخ
	إن كان المعتق معسراً لم يسر عتقه
	موت المكاتب قبل الاداء كعجزه
	حكم مالو كاتب عبيداً له صفقة واحدة
	أدى أحد المكاتبين عن صاحبه
	شرط السيد على المكاتب أن يرثه
	دون ورثته
	شرط عليه خدمة معلومة
	أحكام الكتابة الفاسدة
	فصل في قول من أجاز بيع أم الولد
	حكم مالو اشترى جارية حامل من غيره فوطئها
	وطئ الرجل جارية ولده
	وطئ الولد جاريته ثم وطئها أبوه فأولدها
	زوج أمته ثم وطئها
	أم الولد تعتق من رأس المال وإن لم يملك سواها
	حكم مالو صارت أم ولد له ثم ولدت من غيره
	إذا أسلمت أم ولد النصراني منع من وطئها
	مسئلة فيما لو أوصى لها بما في يدها
	حكم مالو عادت لجنت
	للرجل تزويج أم ولده وإن كرهت
	لاحد على من قذف أم الولد
	حكم مالو قتلت أم الولد سيدها

